XI.

Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse.

Von

Herrn W. Endemann,
Assessor bei dem Obergericht zu Fulda.

In einem früheren Aufsatze (No. IV dieses Bandes) wurde nachzuweisen versucht, daß die gesetzlichen Beweisregeln in ihrer Richtung auf juridische Wahrheit dem Zwecke der Gerechtigkeit nicht entsprechen und daß nur die freie Prüfung des Beweises nach verständigem Ermessen der materiellen Wahrheit und dem Rechtsbedürfniß Genüge zu leisten vermag. Wäre dies aber auch erkannt, so muß doch, bevor die Abschaffung der ersteren anempfohlen werden darf, ein Bild desjenigen Zustandes entworfen werden, welcher den seitherigen zu ersetzen bestimmt ist; zumal wenn es sich um eine so radikale Kur handelt, wie die blanke Aufhebung allen und jeden Zwanges, den bisher die positiven Vorschriften auf die richterliche Ueberzeugung ausübten.

Selbst recht aufgeklärte Juristen scheinen mitunter von einem unbesiegbaren Entsetzen vor der Gestaltlosigkeit, welche dem Beweiswesen droht, befallen zu werden, wenn sie sich alle Beweisregeln hinwegdenken. Je tiefer man indessen in die Sache eingeht, desto mehr müssen sich solche unklare Besorgnisse zerstreuen. Wenn man nun nicht allein in den Formen und Schnörkeln der Schultheorie Gestaltung und Ordnung zu finden gewillt ist, wird man bald einsehen, daß der lebendige Odem des natürlichen Verstandes hinreicht, um in das vermeintlich Wüste Ordnung, und was dort stets fehlte, organisches Leben zu bringen.

Die Einwendungen gegen die vollständig freie Beweisprüfung treten sämmtlich zu der Befürchtung zusammen, daß die größte Unsicherheit herrschen müsse, wenn der Weg zur Wahrheit nur nach der Leitung subjektiver Ueberzeugung des Richters angetreten werden soll. In dieser Befürchtung malt man sich Fälle aus, in denen, weil keine Fesseln binden, von den Richtern die größten Greuel möglicherweise ausgeübt werden. Dem läßt sich einfach nur entgegenhalten, was mit den gesetzlichen Beweisregeln möglich gewesen ist. Es ist eine ganz vergebliche Mühe, sich im Voraus vorstellen zu wollen, bis zu welcher äußersten Grenze die freie Ueberzeugung sich hinauswagen darf. An sich hat der civilrechtliche Beweis hier ebensowenig irgend eine Konsequenz zu scheuen, wie der strafrechtliche. Die Praxis des letztern kann zahllose Beispiele liefern, wie sicher die besonnene Einsicht auch über im juristischen Sinne schwache, ja bedeutungslose Momente zur Ueberzeugung schreiten mag. Zweifellos ist es, woran sich Belege anführen ließen, noch nicht das Aeußerste, auf die blose Aussage eines Mitschuldigen oder des durch das Verbrechen Verletzten hin den Beweis für geführt zu erachten. [1]) Das haben juristisch gebildete Richter schon häufig gethan, ohne in ihrem Gewissen darüber beunruhigt zu sein; im Gegentheil mit dem Bewußtsein, vollständig recht gethan zu haben, und mit dem guten Trost, daß, wenn sie doch einmal trotz der ruhigen Ueberlegung fehlgingen, sie mit der freien Ueberzeugung noch nicht halb so viel Unrecht gefunden und geübt haben, wie dies mit der gesetzlichen Beweislehre geschehen ist.

Dasselbe gilt für den Civilrichter. Der zuverlässige Richter wird zuverlässig urtheilen. Volles Vertrauen auf die Persönlichkeit bedarf jede Rechtspflege, sie mag eine Theorie befolgen, welche sie will. Man braucht daher nicht, gleichsam vorbeugend und den Richter bei seiner juristischen Ehre anfassend, die bange Erwartung auszusprechen, daß die richterliche Ueberzeugung gleichwohl immer eine wissenschaftliche bleiben werde. Soll das heißen, daß man hoffen müsse, es werde der Richter nicht eine leichtfertige Ansicht ohne bewußte Gründe fassen, so versteht sich das von selbst.

1) Vgl. dagegen Busch, Archiv f. civil. Praxis Bd. 39. S. 90.

Ebenso versteht es sich von selbst, daß derselbe sich in dem Studium anderer Entscheidungen, der Kasuistik und der instruirenden Anleitungen der Schriftsteller oder der Rechte ausbilden und daran, wo es geeignet erscheint, eine Stütze finden kann. Allein das sind nur formale Bildungsmittel für die stets aus dem eigenen Innern vorzunehmende Verstandesmanipulation; ähnlich, wie die Logik oder Mathematik in Beispielen das richtige Denken lehrt. Die Wissenschaft der freien Ueberzeugung ist Studium des Lebens, wahre Sachkenntniß, von gesundem Menschenverstand getragen und praktisch geübt. Für eine juristische Wissenschaftlichkeit aber ist in der Beweisbeurtheilung kein Platz. Wäre diese gemeint, wenn man jene Erwartung ausspricht, so wäre es für die Theorie ziemlich gleichviel, ob sie befiehlt, oder erwartet, daß z. B. nur auf zwei Zeugen hin der Beweis für erbracht gehalten werden dürfe. Die juristische Wissenschaftlichkeit hat vielmehr an dieser Stelle nur die eine und bedeutende Aufgabe, aus dem vorliegenden Stoff die Thatfrage für das Beweisverfahren mit juristischem Sinn herauszuschälen.

Die Auslegung und Anwendung der Rechtssätze muß in einem, wie in dem andern Fall gleichmäßig von Statten gehn, wenn eine zuverlässige Justiz sein soll. In der Thatfrage aber verkehrt sich die gleichmäßige Beurtheilung des Verschiedenartigen in Unzuverlässigkeit, indem man juristische Vermuthungen und Fiktionen von allgemeinem Karakter an die Stelle der konkreten Erkenntniß setzt. Keine formale Beweisvorschrift gibt für die Ueberzeugung von der Wahrheit, geschweige denn für die Wahrheit selbst eine Gewähr. Es ist Zufall, wenn mit der Form, welche das Resultat selbstständig bedingt, die Wahrheit zusammenfällt; und bleibt Zufall, wenn auch die Form so glücklich eingerichtet wäre, daß derselbe recht häufig eintritt. Allein es ist zweifellos, daß um der Form willen, weil ihr nicht genügt werden konnte, manches gute Recht verloren geht. Man mag auch nicht einwenden, daß bei der ungeachtet aller Systematik immerhin dehnbaren Natur der Beweisregeln die praktische Anwendung hinlänglich nachhelfen könne. Selbst wenn auch einmal eine Entscheidung so weit geht, daß sie z. B. trotzdem der eine Zeuge, der den Beweissatz vollständigst erhärtete, als klassisch ausdrücklich anerkannt wurde, dennoch dem

Produkten den Schiedseid auferlegte, weil dem Zeugen nicht geglaubt wurde, so bleibt doch noch mancher Fall liegen, in welchem ohne alle Ueberzeugung entschieden wurde und entschieden werden mußte. Nicht zu gedenken der Fälle, wo geradezu gegen die innere Ueberzeugung zu urtheilen genöthigt, der Richter sich sagen muß, daß er mit den Beweisregeln geradezu auf die Unwahrheit losgehe. Das sind die nothwendigen Folgen, wenn man die Annahme der Wahrheit an bestimmte äußere Merkmale knüpft, alles Uebrige bei Seite wirft und zuletzt Alles auf das durch seine formelle Behandlung nothwendig immer unsicherer werdende Spiel des Eides setzt, dessen Entwerthung viel gründlicher durch eine Reform seiner prozessualischen Anwendung, als durch die Erfordernisse der Eidesbelehrung und die Feierlichkeiten der Abnahme in schwarz verhangenen Zimmern, vor brennenden Kerzen vorgebeugt wird.

Die Beurtheilung des Beweises ohne feste Regeln dagegen beseitigt einerseits die Ausschließung oder das Fehlgehen der Beweisführung um blos formeller Mängel willen, erweitert also die Möglichkeit, sein Recht durchzusetzen; andrerseits gestattet sie in jedem Falle über die Form hinaus in den Kern der Sache einzudringen, bewahrt also vor der Täuschung des materiellen Rechts, welcher man durch die gebotene Rücksicht auf die rein äußerlichen Momente in der Beurtheilung ausgesetzt ist. Volle Gewißheit vermag sie freilich ebensowenig zu begründen, wie irgend eine menschliche Einrichtung. Es genügt indessen, daß sie jedenfalls mehr leistet, als die Abmessung der Wahrheit an dem Maßstab abstrakter Sätze. Alles, was von der Organisation der Wahrheitserforschung erwartet werden darf, ist die ungehinderte Gelegenheit, durch die einfachste und rascheste Prüfung der konkreten Umstände das Ziel verständiger Ueberzeugung zu erreichen.

Ist das Prinzip der freien Beweisprüfung das richtige und gilt es seine Wirkungen und seine Ausführbarkeit zu würdigen, so fällt der Blick von selbst auf das römische Recht d. h. auf das römische Recht der guten Zeit, frei von den oft widerspruchsvollen Verbesserungen der spätern Kaiser und frei von der Verbildung der mittelalterlichen Doktrin. Das deutsche Recht läßt sich kaum in einzelnen wenigen Punkten als Vorbild benutzen. Mag man

auch den ältesten Zustand, in welchem mit einer an das Fatalistische [2]) grenzenden Bestimmtheit die Voraussetzungen vorgezeichnet waren, von denen namentlich mittelst des Eides und der Eideshelfung, sowie der Ordalien die Feststellung des Thatsächlichen abhing, ein eigentliches Beweisverfahren nennen [3]), oder nicht; Berührungspunkte für dasjenige Verfahren, welches auf logischem Wege die Ermittlung der Wahrheit verfolgt, finden sich erst in der spätern Entwicklung. Man mag ferner zugeben, daß diese Entwicklung, wäre sie konsequent in der Heranbildung der Beweismittellehre fortgeschritten, ein vielfach eigenthümliches und verständiges nationales Beweisrecht geschaffen haben würde. Einmal unterbrochen [4]), wie es durch das Eindringen der fremden Rechte geschah, und bis auf sehr geringfügige Reste überwältigt, läßt sich dort für das heutige Bedürfniß nicht wieder anknüpfen. Die Herrschaft der auf Verstandesthätigkeit und logische Gewißheit sich gründenden Ueberzeugung kann sich jetzt nur noch auf das römische Recht stützen; sie stützt sich darauf seit Jahrhunderten, indem sie für die Wahrheitserkenntniß feste Regeln aufstellt; sie wird sich indessen noch besser darauf stützen, wenn sie von der konkret prüfenden freien Einsicht ausgeht. Es kann sich nur darum handeln, mit Beseitigung der historischen Auswüchse und Mißverständnisse die unverfälschten Prinzipien desselben wieder in Vordergrund treten zu lassen. Macht man sich diese klar, so zeigt sich auch hier wieder, daß die römische Rechtsbildung nicht nur aus historischen Gründen einmal das Muster ist, sondern auch, daß sie aus innern Gründen, weil sie richtig verstanden und angepaßt selbst dem modernen Rechtsbedürfniß vollkommen genügen kann, zum Vorbild dienen darf.

Das bewährt sich sofort, wenn man die Gliederung des Prozesses im Ganzen betrachtet. Jeder Prozeß spaltet sich, wenn man die dem Richter gestellte Aufgabe betrachtet in die zwei Theile der Rechts- und Thatfrage. Es wurde bereits angedeutet, daß beide eine wesentlich verschiedene Auffassung erfordern. Die Erkenntniß der Thatsachen muß sich, will sie anders zur Wahrheit

---

2) Wie es Roßhirt, kanon. Recht, mehrfach nennt z. B. S. 596.

3) Walter, deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Bd. 2. §. 656.

4) Vgl. darüber Planck in seiner Schrift „die Lehre vom Beweisurtheil."

vordringen, mit Eifer und Lebenserfahrung dem konkreten Fall anschließen, den wahren Bestand der Thatsachen ohne äußeren Formalismus nach ihrem inneren Zusammenhang ermitteln. Die Rechtfrage d. h. die Anwendung des gegebenen Rechts dagegen erheischt, daß, so sicher wie das Gesetz selbst besteht, eben so sicher auch dessen Konsequenzen gezogen werden. Hier herrscht die juristische Schärfe, dort die menschliche Einsicht. Bei so entgegengesetzten Anforderungen muß der Prozeßgang die Möglichkeit gewähren, beiden gerecht zu werden. Das geschah durch die Einrichtung des ordo judiciorum.

Wenn auch bei der Trennung des Verfahrens in jure und in judicio nicht rein die Rechtsfrage dem erstern, die Thatfrage dem letzteren zufiel, so ist doch so viel klar, daß die Erledigung der Thatfrage d. h. das Beweisverfahren die Hauptaufgabe des judex darstellte. Ohne Streit über die Thatsachen, oder bei Erledigung desselben durch eines der in jure gegebenen Institute, wie der confessio oder des jusjurandum, kam es überhaupt nicht zu der Anordnung einer Verhandlung in judicio. Mögen mannigfaltige Gründe, zumal politischer Art, bei dieser Eintheilung des Gerichtswesens mitgewirkt haben [5]), so erscheint es immerhin mehr, denn bloßer Zufall, daß die Thatfrage nicht dem Magistrat, sondern den aus dem Volke gewählten Richtern zugetheilt war. So wenig auch die Magistrate damals dem Leben entfremdet gewesen sein mögen, dem sich das Recht selbst in organischer Entwicklung anschmiegte, so war es doch passender, die Beurtheilung des Thatsächlichen der rein menschlichen Einsicht der judices, als dem juristischen Standpunkt der Magistrate anzuvertrauen. Es lag darin gleichsam die Garantie, daß der allein verständige Maßstab der Thatsachenbeurtheilung, die vernünftige Ueberzeugung eines intelligenten Menschen, nicht verloren gehen konnte. Den judices, die nichts weniger als Juristen waren, ließen sich schlechterdings juristische Beweisregeln nicht ertheilen.

Wie gut sich dabei eine bereits in hoher Entwicklung begriffene Rechtspflege und eine fein durchgebildete Rechtswissenschaft befand, geht daraus hervor, daß, als die Rechtssprechung aus

5) Worüber Puchta, Inst. Bd. 2. §. 150.

politischen Ursachen in der Hand der kaiserlichen Beamten konzentrirt wurde, gerade die freie Prüfung der Thatsachen sich ungeschmälert erhielt.[6]) Die römische Rechtsansicht, die sich auf diese Dinge gewiß verstand, hat denn doch nicht glauben können, daß der Mangel juristischer Beweisregeln „der schwankenlosen Willkühr des subjektiven Ermessens" das Recht preisgebe. Allein dem bisherigen Beweisrecht drohte allerdings aus der Vereinigung der richterlichen Funktionen in der einen Hand des Beamten eine Gefahr, die sich in der Folge zeigte. Weil bei dem judex die Thatfrage, die ihn hauptsächlich beschäftigte, nicht von manchen rechtlichen Erwägungen getrennt war, vielmehr demselben, was dort nicht zum Nachtheil der Thatsachenprüfung ausschlagen konnte, auch vielerlei rechtliche Schlußfolgerung zugemuthet wurde, fand man es auch nicht für nöthig, in dem nachdiokletianischen Prozeß der Rechtsfrage eine getrennte Stellung anzuweisen. Die Erörterung der Rechtspunkte und der Thatsachen lief nebeneinander.[7]) Daraus ergab sich, daß leicht die freie Prüfung der Wahrheit durch die juristische Beurtheilung des Rechtlichen beeinträchtigt werden mußte. Je künstlicher die Rechtssätze allmählig wurden, je mehr dadurch der juristisch gebildete Beamte sich unwillkührlich der unmittelbaren menschlichen Auffassung entfremdete und Alles, auch die Beweisfrage, mit juristischen Augen betrachtete, desto näher lag es, auch für die letztere Rechtsregeln aufzustellen. Darin schien der Gesetzgebung zugleich eine Sicherheit wider die auch in dem Richterstand einreißende Korruption zu liegen, welche das freie Ermessen besonders bedenklich machte. Unter solchen Umständen ist es sehr erklärlich, daß die spätere Gesetzgebung, Verordnungen aufweist, die auch in das Beweiswesen befehlend eingreifen, wie z. B. die Konstitution des Konstantin über das Verbot des einen Zeugnisses[8]), des Valens über das Zeugniß in eigener Sache[9]) und besonders manche Erlasse Justinians, welche im vollen Gegen-

---

6) Puchta a. a. O. §. 183. §. 185.

7) Puchta, a. a. O. S. 271. Planck, a. a. O. S. 209.

8) L. 9. Cod. de test. 4, 20.

9) L. 10 eod.

satz zu der von Zimmern[10]) mit Recht gepriesenen Anweisung des bekannten hadrianischen Reskripts[11]) stehen.

Der romanische Prozeß des Mittelalters, der wie die gesammte Rechtswissenschaft vorzugsweise an das spätere römische Recht anknüpfte, setzte vollends die Rechts- und Thatfrage durch gleichartige Behandlung in die innigste Verbindung.[12]) Wenn auch die Beweiserörterung den Verhandlungen der Parteien in den Klage und deren Beantwortung nachfolgten, also zeitlich getrennt waren, eine Litiscontestation angenommen und später wenigstens durch ein prozeßleitendes Dekret, das einen Termin ansetzte, das Beweisverfahren eröffnet wurde[13]), so fehlte es doch vollständig an einem Interlokut, welches die Thatfrage von der Rechtsfrage heraushob. Wie man am ausführlichsten von Durantis erfährt, lief ganz analog, wie vorher in Positionen und Responsionen die Behauptungen verhandelt worden waren, das Beweisverfahren in Artikeln und Interrogatorien weiter. Die juristische, bis auf's Aeußerste formelle Anordnung des Prozeßgangs erstreckte sich auch über den ganzen Abschnitt des Beweises. Der formellen Gliederung, der Schriftlichkeit und dem geheimen Verfahren in der Aufnahme des Zeugenbeweises entsprechend war auch die Beurtheilung des Beweisergebnisses eine strenge juristische. Nach dieser Weise, welche die der nachfolgenden Prozessualisten bis in die neuere Zeit blieb, sollte es auch im Beweise Nichts mehr geben, was nicht nach Rechtsregeln zu unterscheiden wäre. Die Thatfrage hörte als solche zu existiren auf; es existirte nur die Rechtsfrage, zu der gewaltsam auch das Material des Thatsächlichen formulirt wurde.

Diesem Verhältniß gegenüber erschien es unzweifelhaft als ein Fortschritt, daß der sächsische Prozeß auf deutscher Entwicklung fußend, sogar siegreich wider den der romanischen Prozeßlehre von der Verbindung der rechtlichen und thatsächlichen Erörterungen nachfolgender Kammergerichtsprozeß, das Beweisinterlokut aufrecht erhielt.[14]) Damit war wenigstens ein äußeres Merkmal für die

10) Röm. Rechtsgeschichte. Bd. 3. S. 404.
11) In L. 3. Dig. de test. 22, 5.
12) Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts. §. 22.
13) Roßhirt, kanon. Recht. S. 138.
14) Plank a. a. O. S. 184 ff.

Scheidung der Rechts- und Thatfrage aufgerichtet und solchergestalt Gelegenheit geboten, die letztere wieder in ihr gebührendes Recht einzusetzen. Allein dazu kam es nicht. Statt daß sich daran das Prinzip der freien Beweisprüfung, welches dem Entwicklungsgange des deutschen Rechts entsprochen hätte, hätte anschließen sollen, und umsomehr, als die artikulirte Fassung der Behauptungen gerade in großer Schärfe das rein Thatsächliche hervorhob, blieb das Beweisrecht dem Einfluß des fremden Rechts und zwar in seiner durch die Doktrin gewonnenen Gestalt unterthan. Das schriftliche Beweisverfahren wurde fortwährend lediglich nach Rechtsregeln beurtheilt.

Das Interlokut erlangte die innere Bedeutung, die ihm dadurch entzogen wurde, erst neuerdings theilweise wieder, indem dem Beweisverfahren durch Mündlichkeit, oder wenigstens durch die Gegenwart der Parteien u. dgl. Einiges von seiner natürlichen Beschaffenheit zurückgegeben wurde. Seine volle Bedeutung hat es aber dann wieder, wenn es den Gegensatz der Thatfrage zur Rechtsfrage geradezu kennzeichnet. Die römische freie Beweisprüfung würde vielleicht in der Zeit nach Diokletian kräftig jede gesetzliche Regulirung abgestoßen haben, wenn nicht Rechts- und Thatfrage zu sehr im Prozeß vor einem Beamten vermischt worden wären. Daran, daß, wie unter dem ordo judiciorum, sogar verschiedenen Personen die Beurtheilung der verschiedenen Fragen unterbreitet werde, konn Nichts gelegen sein, wenn nur derselbe Richter, dem sie beide vorgelegt werden, jede nach ihrer Art zu behandeln weiß. Und darauf hinzuweisen, ist der wesentliche Zweck des Interlokuts, wenn es, nachdem die rechtliche Seite der streitigen Sache erwogen worden ist, gleichsam verkündigt, daß nun der Thatsachenstreit beginne, in welchem die rein menschliche Einsicht an die Stelle der juristischen Kenntniß tritt.

Weit entfernt einem Ineinanderschieben der Rechts- und Thatfrage, der rechtlichen Deduktionen, sowie Behauptungen der Parteien und der Beweiserörterungen das Wort zu reden, muß man, wenn auch vorläufige Angabe der Beweismittel als Vorbereitung und mögliche Abkürzung nicht verwerflich erscheint, bei der innern Verschiedenheit des richterlichen Standpunktes zu beiden von der möglichsten Trennung beider, was das eigentliche Verfahren be-

trifft, ausgehen. Schwerlich wird sich auch umgekehrt eine Form finden lassen, vermöge deren die Rechtsfrage der Erörterung der Thatsachen, letztere als wesentliche Grundlage gedacht, anknüpfen ließe. Darin sind sich die strafrechtliche Beurtheilung, wo dies der Fall ist, und die civilrechtliche wenigstens noch zu ungleich.

An den vorhandenen Prozeß schließt sich die freie Beweisprüfung jedenfalls durch die Ertheilung des Beweisinterlokuts am besten an. Dieses enthält, Entscheidungsgründe vorausgesetzt, die rechtliche Beurtheilung der Sache für die Eventualität der Thatsachenfeststellung: Weshalb denn auch die Aufhebung der Appellabilität, die sich nur darum empfahl, weil nach dem alten Prozeßwesen jede Abkürzung um jeden Preis willkommen war, sobald man erkennen muß, daß wenigstens manche Fälle mit der Entscheidung der Rechtsfrage ihre Erledigung finden würden, die nutzlos durch die Inappellabilität in ein Beweisverfahren gezogen werden, als ein zweifelhafter Gewinn erscheint.

Alsdann erhält der Abschnitt des Verfahrens vor dem Interlokut die Bedeutung des römischen Prozeßstadiums in jure, der Abschnitt nach demselben die Bedeutung des Judiziums. Und das will mehr heißen, als blose Liebhaberei an römischen Institutionen, weil nur so den einmal vorhandenen Instituten z. B. des Geständnisses, des Eides u. dgl. ihr wahres Wesen und ihre wahre Wirksamkeit beigelegt und in der That vergeblich eine bessere Ordnung der Dinge gesucht werden kann.

Das Interlokut würde mithin die Basis der Beweisverhandlungen bilden, die sich überall da, wo ein Interlokut besteht, als mündliche und frei zu prüfende, auch an schriftliche Vorverhandlungen des Prozesses gerade durch diese Brücke anschließen können. Wir haben dabei noch einen Blick auf die Natur des Interlokuts oder vielmehr des Beweissatzes zu richten. Wenn gleich der Ausgangspunkt des Beweisverfahrens, so ist es doch keineswegs erforderlich, daß der Beweissatz mit der häufig üblichen oder gesetzlich gebotenen Bestimmtheit auf spezielle Thatsachen gerichtet und verbotenus verfolgt werde, wie dies heute geschieht. Diese Spezialität der Beweisformulirung ist eine Erinnerung an die alten Artikel. Wo durch die positionenweisen Behauptungen das Thatsächliche bereits auf's Aeußerste zergliedert war, konnte das frühere

Interlokut allgemein den Beweis aller geleugneten Punkte aufer= legen. Wo nicht mehr in dieser Weise verhandelt wird, lehrt die Theorie, muß der Richter die zu beweisenden Thatsachen ausdrück= lich bezeichnen. [15]) Dies ist ganz richtig für eine vollendet künst= liche Beweisführung; wo Alles nach gesetzlichen Merkmalen er= kannt und abgewogen wird, ist es erforderlich, daß auch die in Betracht kommenden Thatsachen in starrer Bestimmtheit feststehen. Daraus würde dann folgen, daß eben dem Beweisführer Nichts, als die strikte gesetzliche Bewahrheitung des einmal aufgestellten Thema's helfen kann; mit andern Worten: für den sog. aequi= pollenten Beweis wäre kein Platz übrig.

Wohin aber ein solch' wörtliches Festhalten am Beweissatze ausarten würde, weiß jeder Praktiker zur Genüge. Solange in= dessen dasselbe im Prinzip anerkannt wird, bedarf es, weil damit unmöglich auszukommen ist, eines besondern Aushülfsmittels; und dieses hat sich der Gerichtsgebrauch aus richtigem Instinkt in dem Beweis per aequipollens geschaffen. [16]) Der Gebrauch desselben hat sich, wo man dem materiellen Recht nachstrebt, immer mehr ausgedehnt. Abweichungen von dem Beweissatz sind gar keine Seltenheiten mehr. [17]) Der verständige Richter wird in der That keine Beruhigung darin zu finden vermögen, daß der Beweisführer, weil er den Beweissatz nicht dargethan, abgewiesen werde, wäh= rend das Beweisverfahren ein anderes zur Begründung seines Rechtes vollkommen hinreichendes Ergebniß geliefert hat. Der Verhandlungsmaxime entspricht dies freilich nicht; und um ihr einigermaßen getreu zu bleiben, nimmt die Praxis selbst da, wo sie so weit geht, wie in Kurhessen, an, daß die äußerste Grenze bis dahin reiche, daß durch den aequipollenten Beweis keine eigent= liche „Aenderung des Parteivorbringens" untergeschoben werden dürfe. [18]) Mit diesem ohnehin an sich sehr dehnbaren Wahrzeichen

15) Schmid, Handbuch des Civilprozesses. Bd. 2. S. 169. Bayer, Vor= träge über den Civilprozeß. S. 432.

16) Vgl. Gensler im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 1. S. 381.

17) Das läßt sich namentlich aus Entscheidungen in Seuffert's Archiv aus den verschiedensten Gerichtshöfen belegen. Z. B. Bd. 11. S. 294. 295.

18) Vgl. Strippelman's bemerkenswerthe Entscheidungen des O.=Appell.= Gerichts zu Kassel. Bd. 6. S. 68.

wird jedoch weder dem materiellen Recht, noch auch dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime recht genügt. Das, was man gewinnen möchte, läßt sich nur dadurch gewinnen, daß man den Beweis überhaupt anders auffaßt. Die zunehmende Neigung für den aequipollenten Beweis entspringt ganz derselben Auffassung, welche die Praxis drängt, auch immer mehr von den gesetzlichen Erfordernissen und Glaubwürdigkeitsgründen der Beweismittel nachzulassen.

In einem mündlichen und nur nach logischen Gründen zu prüfenden Beweisverfahren würde, wenn noch das Interlokut seine spezielle Fassung der Thatsachen bewahrte, nach Einführung des gleichguten Beweises, nur die Rücksicht entscheiden können, ob nach dem erreichten Prozeßstadium noch die Erledigung der Sache unter dem von dem Interlokut verschiedenen thatsächlichen Gesichtspunkt möglich sei. Und dies würde, wo die Parteien handelnd zugegen sind und sich noch darüber erklären können, nicht selten der Fall sind. Von selbst oder gegen alle Hindernisse würde eine Rechtssprechung, welche in der Prüfung des Beweisergebnisses der vollsten Freiheit genießt, auch den Beweissatz frei auslegen und benutzen müssen. 19)

Allein geht man so weit, so hindert Nichts, noch einen Schritt weiter zu thun. Anstatt den speziell normirten Beweissatz als das Maximum dessen, was bewiesen werden muß, hinzustellen, womit man allenfalls die Ausweichung nach der einen Seite zu rechtfertigen gedenkt, sollte überhaupt von der ausdrücklichen Bezeichnung der Thatsachen im Einzelnen abgesehen werden dürfen. Seine Hauptbedeutung hat das Interlokut in dem Ausspruch über die Rechtsfrage; und darin muß es für die Parteien, wie für den Richter unmittelbar bindend sein. Ist der rechtliche Gesichtspunkt, als lex für den konkreten Fall, gefunden, so ist nicht zu erkennen, warum an sich die Parteien in der Erbringung der thatsächlichen Voraussetzungen, die ja erst im nun eröffnet werdenden Beweisverfahren erörtert werden, irgend beschränkt sein sollen. Die genauere Angabe der Richtung, nach welcher sich jene zu verbreiten hat, kann von Seiten des Richters, indem er die Parteien beson-

19) Wie z. B. in Bd. 28 de prob. 32, 3.

ders darauf aufmerksam zu machen gedenkt, nur als eine Vorsicht erscheinen, die sich nach dem gerade vorliegenden Bedürfniß bestimmt. Warum sich dagegen der Richter, der an die von ihm ertheilte Entscheidung der Rechtsfrage zwar gebunden ist, schon im Voraus auch die Hände binden sollte, indem er eine spezielle thatsächliche Begründung als die allein berechtigte aufstellt, wie z. B. durch die Auflegung des Beweises über eine besondere Erwerbsart des Eigenthums bei der Vindikation geschieht, dafür läßt sich kaum ein Grund anführen. Verwirrung und Kränkung der Parteienrechte ist in einem einheitlichen, durch die Grundsätze der schriftlichen Verhandlungsmaxime nicht eingeengten Verfahren nicht zu fürchten. Schon die Abfassung des Beweissatzes wird daher, wie alles die Thatfrage Betreffende, lediglich zur Sache verständigen Ermessens, wobei sich die möglichst nachgiebige Form im Interesse der wahren Gerechtigkeit und der Parteien, damit sie nicht am Ende mit dem Resultat des Beweises in einen andern Prozeß verwiesen werden, empfiehlt. Geschieht dies, so bedarf es des Nothbehelfs, der in der Gestattung aequipollenter Beweisführung enthalten ist, gar nicht mehr, da das Verfahren von selbst die möglichst ausgedehnte Berücksichtigung aller für das streitige Rechtsverhältniß erheblichen Thatsachen mit sich bringt.

Was über die Stellung des Beweissatzes und des Interlokut gesagt wurde, trifft, wie dem Sachkundigen nicht entgangen sein wird, mit dem Wesen der Formel im römischen Prozeß vollständig überein. Das praktische Bedürfniß scheint auch hier zu jenen Rechtsinstituten zurückzukehren. Das Hauptsächlichste und den Judex Bindende in der Formel war das darin enthaltene Urtheil über die Rechtsfrage. Das Thatsächliche bedurfte, wiewohl die ganze Erörterung desselben dem Judicium gebührte, höchstens der kurzen Andeutung, welche die nur bei actiones incertae überhaupt übliche demonstratio, oder die praescriptiones enthielten.[20]) Eine spezielle Hervorhebung der Beweisthatsachen erschien weder bei dem Uebergang des Streites in judicium, noch während des letztern nothwendig. War aber dies nicht einmal erforderlich, als die Beweisverhandlung von dem den Rechtssatz findenden Magistrat

20) Keller, röm. Civilprozeß. §. 39, 40, 42. Puchta, Inst. Bd. 2. §. 164.

in andere Hände überging, so war es, solange der freie Standpunkt des Beweisverfahrens aufrecht erhalten wurde, noch weniger erforderlich, daß später der eine Richter des ganzen Prozeßverlaufs sich selbst eine Instruktion und Fessel durch spezielle Beweissätze anlegte. Ganz dasselbe würde auch heute wieder gelten, wenn eine mündliche Beweisverhandlung den Civilrichter aufforderte, der realen Wahrheit nach innern Ueberzeugungsgründen nachzugehen. Nothwendig ist der strikte abgeschlossene Beweissatz, auf bestimmte Thatsachen, sei es in der Form der Hinweisung auf Artikel, sei es in besonderem Ausdruck der Beweisauflage, erst geworden und geblieben, als durch die spätere Prozeßgrundsätze Parteienrechte an der juridischen Wahrheit konstituirt und wiederum der Antheil an der Wahrheitsfeststellung den Streittheilen in sukzessiven Schriftsätzen gleichsam portionsweise zugetheilt wurde.

An das Beweisinterlokut schließt sich das eigentliche Beweisverfahren. Für den Zweck dieser Darstellung, welche sich vornehmlich mit dem materiellen Beweisrecht, mit dem Werth und der Beurtheilung des Beweises beschäftigt, genügt es darauf hinzudeuten, daß die mündliche Verhandlung der Beweisaufnahme vorausgesetzt wird. Wie die Beweisantretung zu bewirken sei u. dgl., was sich um so leichter gestaltet, je einfacher das Beweisrecht ist, liegt außerhalb der Aufgabe.

Wir werden zunächst zu prüfen haben, was aus den allgemeinen Eintheilungen des Beweises, wie sie die herrschende Lehre aufstellt, unter dem Einfluß der Befreiung von gesetzlichen Regeln werden wird. Das Resultat ist, daß man ihrer sämmtlich nicht bedarf.

Man unterscheidet zunächst vollständigen und unvollständigen Beweis, ein Ausdruck, den die neueren Prozeßschriftsteller allem Anscheine nach dem der probatio plena und semi plena vorziehen.[21] Die arithmetische Zerlegung der Wahrheitsmittel scheint denn doch keinen Anklang mehr zu finden. Nichts bezeichnet eigenthümlicher den Standpunkt der Beweislehre nach gesetzlichen Merkmalen, als die von den kanonischen Prozessualisten

21) C. Linde, Schmid, Martin u. a. während Heffter nur Gewißheit und Wahrscheinlichkeit unterscheidet.

erfundene, namentlich von Tankred und Durantis ausgebildete Theilung und folglich auch wieder Zusammenlegung des Wahrheitsergebnisses aus gewissen Beweismitteln. Der halbe Beweis, veranlaßt, aber nicht darauf beschränkt [22]), durch die Lehre, daß nur zwei Zeugen wollen, mithin einen halben Beweis erbringe, bildet den Eckstein der künstlichen Beweistheorie. Der Beweiseid als suppletorium wurde eigens dazu bestimmt, die andere Hälfte daran zu setzen.

Von dieser Vorstellungsweise hat das römische Recht niemals einen Begriff gehabt. Die logische Auffassung des Beweiszweckes und Beweisergebnisses muß diesen rein äußerlichen und willkührlichen Unterschied geradezu verwerfen. Da es nur eine einzige Wahrheit und eine einzige Ueberzeugung von der Wahrheit gibt, so kann von der Begründung einer halben Ueberzeugung nicht die Rede sein; ebensowenig von einer unvollständigen. Entweder ist bewiesen, d. h. der Richter vollkommen überzeugt; oder der Richter ist nicht überzeugt, und dann ist noch nichts bewiesen. Auf einen bereits dargethanen Grad von Wahrscheinlichkeit kommt da, wo es sich um den Beweis, also die ganze einheitliche Ueberzeugung handelt, Nichts an. Die höchste Wahrscheinlichkeit ist noch kein Beweis, sobald noch eine Linie breit bis zur Ueberzeugung fehlt. Wird aber die Ueberzeugung durch eine Combination mehrere Beweismittel, also namentlich durch die schließliche Anwendung des Eides gewonnen, so ist es für die freie Beweisprüfung sehr gleichgültig, welchen Antheil daran das einzelne Beweismittel gehabt hat, wenn nur das Ergebniß im Ganzen vorhanden ist. Der Eid mag das Fehlende wirklich ergänzen, oder ein Bedenken zerstreuen, oder allererst und allein der Ueberzeugung zur Grundlage dienen; in keinem Falle bedarf es des Abmessens, wieviel die andern Beweismittel schon gewogen haben, wenn der Eid selbst ein wahres, von dem Richter frei zu handhabendes Beweismittel wird, wie er es dem römischen judex auch war. Erst als auch der Eid zu seinem großen Schaden ein von bestimmten juristischen

---

22) Jeder der älteren Schriftsteller führt die Fälle des halben Beweises bald übereinstimmend, bald abweigend von den Vorgängern auf, z. B. Durantis, Alciati, Mascard u. a.

Voraussetzungen abhängiges Institut wurde, bedurfte er der Stütze in dem Begriff einer semiplena probatio.

Bedarf es aber für den nach freiem Ermessen [23]) aufzulegenden Nothetd dieses Begriffs nicht mehr, so wird er vollständig nutzlos. Die älteren Prozessualisten [24]), die auch wohl noch über die probatio plena eine plenissima oder evidentissima setzten, nehmen zwar an, daß in den Fällen der summaria cognitio nicht nur die Beweisführung von vielen Förmlichkeiten befreit sei, sondern auch, daß hier überhaupt blos semiplena probatio verlangt werde, eine Ausnahme, die bei den endlosen Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten des regelmäßigen Beweises dem Rechtsbedürfniß nothwendig war; allein die Lehre, wie die Praxis erkennt an, daß überall, wo Beweis verlangt und auferlegt wird, auch in den summarischen Prozeßarten nur ein und dieselbe Art des Beweises stattfinden könne. [25]) Nach römischem Recht [26]), wie nach der ausdrücklichen Vorschrift des kanonischen [27]) war dies nie anders möglich.

Kann für den Beweis keine Verschiedenheit des Ueberzeugungsmaaßes bestehen, so schließt dies dagegen nicht aus, daß der natürliche Gegensatz von Gewißheit und Wahrscheinlichkeit im Beweisrecht sich geltend macht. Darin liegt allein inmitten der vielen verwirrenden Distinktionen von Beweisarten, wie Brauer in der angeführten Abhandlung hervorhebt, der Kern der Sache. Wahrscheinlichkeit kann im Gegensatze von menschlicher Gewißheit durch Bescheinigung geliefert werden. Da in dem eigentlichen Beweisverfahren für die blose Vermuthlichkeit der Wahrheit kein Platz ist, da stets, wo unter Mitwirkung beider Parteien die Wahrheit streitiger Thatsachen festgestellt werden soll, die volle Ueberzeugung

---

23) Dies ist die Bedeutung die in L. 3. Cod. de reb. cred. 4, 1. vorgeschriebenen causae cognitio.

24) Durand. Spec. lib. I. Pars. 1 rubr. de off. judic. §. 8. rubr. de summ. cognit. §. 3. 13. cf. Mascard de prob. Vol. I. qu. 9. §. 5.

25) Brauer, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 25. S. 322.

26) In dem die L. 3. §. 9. ad exhib. 10. 4, wenn man nur die Mängel aller Beweisregeln bedenkt, mit dem Wort „summatim cognoscere", nicht eine Ueberzeugungsbegründung bezeichnen kann.

27) Die bekannte Clem. 2. de V. S. 5. 11.

von der Wahrheit begründet werden muß, so bleibt für die Bescheinigung und die vermuthliche Wahrheit nur das Gebiet einseitiger Anträge. Hier kann es sich darum handeln und in gewissen Fällen geboten erscheinen, wie namentlich da, wo der Richter gegen das allgemeine Rechtsprinzip ohne Gehör der Gegenpartei eine dieser präjudizirliche Verfügung erlassen soll, eine einseitige Garantie der Wahrheit beizubringen; und diese wird, wenigstens regelmäßig, wo nicht die Begründung völliger Ueberzeugung durch einseitig vorgelegte Beweise ganz unmöglich erscheint, nur in der Darlegung einer vorläufigen Wahrscheinlichkeit bestehen. Mit dem unwahren Unterschied juridischer und moralischer Ueberzeugung hat die Bescheinigung, wie man jene Darlegung technisch nennt, Nichts zu schaffen [28]); und es erhellt ebensosehr, daß von einem Produktionsverfahren und Gegenbescheinigung, also von einem ausnahmsweisen Beweisen mit unvollständig wirkenden Mitteln nicht die Rede sein darf. [29])

Da der Zweck der Bescheinigung darin besteht, dem Richter wo nicht die Ueberzeugung, doch den Glauben an die Wahrheit einer prozessualischen Behauptung beizubringen, so fragt es sich, wie dies auf einseitigem Wege zu bewirken ist. Es erhellt, daß das Eigenthümliche der Bescheinigung zum Unterschied vom Beweis nicht darin liegen kann, daß hier minder taugliche Beweismittel benutzt werden mögen, z. B. verdächtige Zeugen u. dgl., sondern darin, daß die Bescheinigungsmittel sofort ohne weiteres Verfahren auf den Richter wirken. Dies tritt bei Aufhebung der gesetzlichen Beweisregeln deutlich hervor. Mit einem Zeugen, oder einem andern Mittel, das im gesetzlichen Sinne keinen vollen Beweis erbringt, bescheinigen zu wollen, würde nichts Besonderes mehr sein, wenn möglicherweise der förmliche Beweis mit demselben Mittel erbracht werden kann. Das Wesentliche der Bescheinigung ist, daß dem Richter nicht blos ein Mittel, seinen Glauben an die Wahrheit festzustellen, hergenannt, sondern daß dieser Glaube sofort wirklich begründet werde. Dazu ist es nöthig,

---

28) Vgl. Kleiner, die Bescheinigung im deutschen Civilprozeß. Regensburg 1855.

29) Vgl. Brauer a. a. O. S. 337.

daß der Richter mit der Bezeichnung des Bescheinigungsmittels auch erfährt, was es für die Wahrscheinlichkeit zu leisten vermag, also was es enthält. Es ergibt sich daher vom Standpunkt einer realen Beweistheorie, die ebenso wenig den Glauben, wie die Ueberzeugung an blos äußere Momente knüpfen, sondern in beiden Fällen innerlich prüfen will, daß die Bescheinigung nur in einem urkundlichen Beleg bestehen kann. Die Urkunde allein liefert der richterlichen Erwägung durch ihre Produktion den Nachweis ihrer Existenz und zugleich ihres inneren Gehaltes.

Die Benennung anderer Beweismittel dagegen hat gar keine Bedeutung; denn wenn, was ohnehin in der Regel auch noch ungewiß ist, dem Richter die Ueberzeugung von dem Vorhandensein der Zeugen allenfalls beigebracht würde, so weiß derselbe doch noch nicht im Entferntesten, ob sie zur Abhör gelangen und was sie von der wahrscheinlich zu machenden Thatsache wissen und bekunden werden. Bei dem schriftlichen Karakter des Prozesses, demzufolge ein einseitiges sofortiges Vorführen der Zeugen nicht denkbar erschien, konnte konsequenterweise mit Zeugenaussagen nur dann bescheinigt werden, wenn sie in urkundlicher Form, als notarieller Akt oder Protokoll, vorgelegt wurden. [30]) Allein ebenso verhält es sich nicht nur mit der Bescheinigung durch Sachverständige, sondern auch mit der durch Augenschein und Eideszuschiebung oder Anerbieten zum Eid. Wie kann durch die blose Bezeichnung dieser Beweismittel der Wahrscheinlichkeit Genüge geleistet werden, da noch Niemand weiß, ob sie auch zur Ausführung kommen und ein günstiges Resultat liefern werden; da doch die Bescheinigung durch äußerlich tadellose Urkunden, die inhaltlich bedeutungslos sind, unzweifelhaft und zum Merkzeichen, worauf es eigentlich ankommt, verworfen werden. Wie soll der Richter den Zeugen, dem Eid, blos weil sie benannt sind, Glauben schenken, da er doch den Worten der Partei, die sie vorschlägt, — denn sonst wäre die Bescheinigung sehr überflüssig —, nicht glauben soll. Und doch wäre es vielleicht noch richtiger, in der Zuverlässigkeit der Partei, von der man erwartet, daß sie z. B. den angebotenen Eid wirklich leisten kann und wird, die Stütze der Bescheinigung, statt in der letztern die Stütze der Parteibehauptung zu finden.

---

30) Brauer a. a. O. S. 355.

Daraus ergibt sich, daß die in neueren Prozeßgesetzen beliebte Vorbereitung des Beweisverfahrens durch alsbaldige Beweisantretung in den Handlungen des Vorverfahrens in der That nur eine Vorbereitung sein kann, durch welche sich die Parteien auf die Beweismittel gegenseitig aufmerksam machen und auf diesem Wege allenfalls ein Nachgeben des als vergeblich vorauszusehenden Leugnens erzielen.[31]) Eine wahre Antizipation oder Ersparung des Beweises ließe sich eben nur durch Urkunden denken.

Die vorläufige Liquidstellung im heutigen Sinn fällt also bei freier Beweisprüfung im Uebrigen hinweg, da sie nur eine rein formale Bedeutung hat. Der Richter, der auch die Bescheinigung nach inneren Gründen zu prüfen hat, würde weder im Stande sein, auf solchem Wege eine Wahrscheinlichkeit zu gewinnen, noch auch umgekehrt die Bescheinigungsmittel, von denen er noch nicht weiß, was sie bringen werden, aus äußern Gründen z. B. weil die Zeugen unzuläßige sind, von vorn herein zu verwerfen. Eine Lücke wird durch der Abschaffung die Liquidstellung nicht verursacht. Alles was man vernünftigerweise erlangen will, wird dadurch erreicht, daß man möglichst durchgängig im Prozesse die alsbaldige Vorlage derjenigen Urkunden, deren sich eine Partei bedienen will, vorschreibt und, wo eine sofortige Darlegung vermuthlicher Wahrheit erforderlich ist, diese nur in urkundlichem Nachweis bestehen läßt. Auch bei der Urkunde aber kann nach dem Prinzip freier Beweisprüfung nicht blos der Umstand äußerer Fehlerlosigkeit, nicht einmal der nackte Inhalt, sondern eben nur das, was sie der logischen Ueberzeugung werth ist, entscheiden.

Das Gesagte bewährt sich leicht an einigen Beispielen. Man fordert z. B. in Kurhessen bei der Schwängerungsklage, daß die Klägerin den Verklagten schon in der Klage durch Beweis gravire. Das Geständniß des Beischlafs von Seiten des letztern, welches häufig in Bezug genommen wird, ist nicht selbst Beweismittel, sondern muß mit andern Mitteln dargethan werden. Die urkundliche Nachweisung eines solchen Geständnisses vor dem Presbyterium liefert allerdings einen einseitigen Beweis, den der Richter erkennen

31) Der Erfolg dieser Anordnung in Kurhessen seit 1851 kann nur sehr gering angeschlagen werden.

und prüfen mag; allein die Benennung von Zeugen über das Geständniß, oder über den Beischlaf selbst leistet vorläufig, und darauf kommt es doch gerade an, nicht ein Haar breit mehr, als die simple Behauptung der Klägerin.

Bei Restitutionsanträgen bildet die Versicherung des Anwalts, daß ihm das betreffende Verschulden zur Last falle, einen häufigen Restitutionsgrund und, insofern sie in der Prozeßschrift niedergelegt ist, ein urkundliches Bescheinigungsmittel. Der auf Dienstpflicht versicherten, ihm selbst nachtheiligen Erklärung des öffentlichen Anwalts wird man in der Regel Glauben schenken. Allein wie, wenn man weiß, daß der betreffende Anwalt es mit der Dienstpflichtversicherung sehr leicht nimmt; wenn man schon genugsam erprobt hat, daß die letztere nur als gedankenlose Form gebraucht wird? Soll man hier dennoch vorläufig überzeugt sein? Oder wird nicht das Erforderniß der Bescheinigung, das zumal bei gewöhnlichen Restitutionsgesuchen füglich entbehrt werden kann, zur leeren Formalität?

Daß das Erbieten zum Eid, also auch zu dem Restitutionseid, gar Nichts heißen will, daß vielmehr erst die Ableistung ein Ueberzeugungsmittel darstellt, ist bereits angedeutet worden. Man kann solches Anerbieten ohne Weiteres als überflüssig betrachten, wenn der Richter befugt ist, nöthigenfalls und nach Prüfung der Umstände die eidliche Bestärkung zu begehren. Man würde auf diese Weise vermeiden, daß durch das einmal geschehene leichtsinnige Anbieten des Eides die Partei am Ende auch zum leichtsinnigen Schwören verleitet wird; eine Gefahr, die man nicht für eingebildet halten darf, wenn man aus der Erfahrung weiß, wie wenig schwierig es mit dergleichen Eiden genommen zu werden pflegt.

Daß die Bescheinigung als eine blose Form, wie sie noch in Uebung ist, nicht vor frivolen Behauptungen schützt, liegt auf der Hand und erweist sich sehr oft. Zu der frivolen Behauptung findet sich leicht sehr auch eine frivole Bescheinigung, während doch der Zweck der Bescheinigung in einer Garantie für die Wahrheit, die in außergewöhnlichen Fällen, wie namentlich im Exekutiv-, Mandats-, Pachtprozeß, bei Ertheilung von Provisionalverfügungen u. dgl. erheischt wird, bestehen soll. Selbst da, wo sie in Urkunden dargelegt wird, wie es für die letzterwähnten Fälle mitunter

geradezu erfordert wird, ließe sich übrigens durch Kautionen oder strenge Haftbarkeit des Imploranten für Schaden und Kosten vielfach so nachhelfen, daß die Bescheinigung überflüssig erscheint.[32])

Beseitigt sich solchergestalt bei freier Prüfung der technische Gegensatz des feierlichen Beweises und der Bescheinigung, so wird durch das damit verbundene gründliche und einheitliche Verfahren die unterscheidende Lehre vom langsamen und schleunigen, vom Haupt- und Nebenbeweis u. dgl. nicht minder abfällig. Die künstlichen und oft verwickelten Grundsätze von dem Beweis zum ewigen Gedächtniß, der an sich bei jedem Beweismittel möglich sein würde[33]), mit Ausnahme des Beweiseides, von dem erst subsidiär nach stattgehabter Beweisprüfung die Rede sein kann, machen der einfachen Erwägung Platz, was aus der vor dem eigentlichen Beweisverfahren stattgehabten Beweisaufnahme zu folgern sei; ob also, wenn inmittelst der Verlust der ursprünglichen Beweismittel eingetreten, diese dadurch ersetzt werden. Das gilt namentlich bei Zeugen; indem durch die Abhör zum ewigen Gedächtniß das mündliche Zeugniß in eine Urkunde konvertirt wird; ein Unterschied, den das mündliche Verfahren empfinden muß, der in dem schriftlichen Prozeß dagegen allerdings verschwindet, weil hier alle Zeugenaussagen nur als Urkunden zur Vorlage kommen. Für die freie Beweisprüfung bedarf es nicht einmal der prinzipiellen Bestimmung, daß solche Beweisantizipationen in zweiseitigem Verfahren vorgenommen werden müssen, da sie es in ihrer Gewalt hat, dem einseitig oder zweiseitig aufgenommenen Beweis je nach seiner Beschaffenheit den ihm in Wirklichkeit gebührenden Werth beizulegen.

Wenn die gesammte Beweisverhandlung den Zweck hat, den vollen Stoff und die volle Erkenntniß der einen realen Wahrheit zu liefern, so muß sie nothwendig innerlich als ein untheilbares Ganzes gedacht werden. Es ist ebenso unmöglich, sie in einzelne Theile zu zerlegen, wie die Parteirollen in den Gegensatz zu bringen, welchen der schriftliche Prozeß und die Verhandlungsmaxime

---

32) Brauer a. a. O. S. 341.

33) Auch bei Urkunden, wenn z. B. auch die Form, das ganze äußere Aussehen einer Urkunde, deren Untergang befürchtet wird, konstatirt wird. Schmid, Handbuch des Civilproz. Bd. 2. S. 159.

erzeugt hat. Die einfache Form macht solche Unterscheidungen unnöthig. Das römische Recht redet nirgends von den Rechten des Produzenten oder Produkten, nirgends von dem Beweis und Gegenbeweis, einer Eintheilung, welche, wenn gleich zunächst das Verfahren betreffend, nicht übergangen werden kann, weil sich darin zugleich die Anschauung der Theorie von dem Materiellen des Beweiswesens kundgibt.

Nach der Ansicht des römischen Rechts, welche die der freien Beweisprüfung zu allen Zeiten sein wird, hat zwar der eine Theil, als actor, welchem die Beweislast obliegt, wesentlich die Aufgabe, dem Richter die erforderliche Ueberzeugung und seine Behauptungen zu verschaffen; dazu treibt ihn schon sein einziges Interesse. Allein es ist nicht diese Partei, welche dem Richter die Wahrheit fertig liefert; vielmehr hat solche der Richter selbst zu finden. Die Gegenpartei hat nicht abzuwarten, ob der actor seiner Verpflichtung, den Beweis zu erbringen, genüge; sondern sie hat sofort, was sie ihrerseits dazu dienlich erachtet, die richterliche Ueberzeugung in dem ihr günstigen Sinne zu gewinnen, beizubringen. Hier sind also nicht, wie durch die Verhandlungsmaxime geschieht, Parteienrechte, Dispositionsbefugnisse der Parteien in dem Beweiswesen begründet, dergestalt, daß also die Thätigkeit des andern erst auf das gesetzliche Ergebniß der Thätigkeit der ersten erfolgt und der Richter formell von den Verhandlungen der Parteien abhängig ist; sondern in Anerkennung, daß die Wahrheitsfrage über der — im römischen Prozeßstadium in jure mit Recht so mächtigen — Privatdisposition steht, hat die Richterpflicht die Wahrheit selbstständig zu erforschen. Beide Parteien tragen das Material herbei, aus dessen Gesammtheit, welche jeder Streittheil in seiner Weise zu beleuchten sucht, der Richter die eine untheilbare Wahrheit ermittelt. Alles dient, so wie im Strafprozeß [34]), auf den sich als Analogie hinweisen läßt, dem höchsten Zweck der Wahrheit.

Dazu bedarf es freilich einer kontinuirlichen und lebendigen Beweisverhandlung, wie sie nur die Mündlichkeit gestattet. Das

---

34) In dem daher auch nur uneigentlich von einem Entlastungs- und Belastungsbeweis die Rede sein kann; denn es kommt auf eine civilistische Parteibeweisführung nicht an.

römische Recht besaß diese Form.[35]) Auch im deutschen Recht war von dem Gegenbeweis keine Spur. War, worauf in der Regel Alles hinauslief, die eine Partei für „näher zum Eide" erklärt, so waren Gegenzeugen gänzlich unzulässig[36]); was begreiflich ist, da das Anrecht auf den Eid nach mündlicher Verhandlung und Prüfung ertheilt wurde, in welcher also der vorgebliche Gegenbeweis schon hätte benutzt werden können, um selber den Eid zu erlangen. Auch später blieb der Gegenbeweis gegen das Beweisurtheil ausgeschlossen.[37]) Erst nach dem Eindringen der fremden Rechte findet sich der Vorbehalt des indirekten und dann des direkten Gegenbeweises. Der Name der reprobatio in der allgemeinen Bedeutung wird erst seit dem 16. Jahrhundert gebraucht.[38]) Seine Entstehung datirt aus der Anordnung des kanonischen Prozesses[39]) namentlich des Zeugenbeweisverfahrens, in dem z. B. bei Durantis der reprobatio testium ein eigener Abschnitt angewiesen wird.

Die Neigung, Alles unter feste Regeln zu bringen, führte nothwendig zu einer formellen Gliederung des Beweisverfahrens. Auf die schriftliche Beweisantretung, der eine geheime Beweisaufnahme folgte und die nach den Prozessualisten noch nicht einmal dem Gegner die Zahl und Namen der Zeugen zu nennen brauchte, mußte der Produkt eine Gegenerklärung haben, welche ihm dann erst nach der publicatio attestationum möglich gemacht wurde. Bei den gesetzlichen Erfordernissen der Beweisführung richtete sich die Gegenerklärung wesentlich auf die Behauptung gesetzlicher Mängel (testes reprobare), die ihrerseits wieder mit gesetzlichen Mitteln bewiesen werden mußten, worauf dann dem Produzenten wieder das Wort gebührte. So zersplitterte sich die Beweisführung in einzelnen Handlungen. Was Anfangs eine Kränkung des Produkten schien, daß nemlich der Produzent erst einseitig seinen Be=

35) Vgl. z. B. die Schilderung bei Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts. Bd. 3. S. 401.

36) Planck, das Beweisurtheil. S. 45.

37) Das. S. 70.

38) Vgl. über die Geschichte auch Mittermaier, im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 6. S. 349.

39) Roßhirt, Lehrbuch des Kirchenrechts. S. 143.

weis ohne andere Entwickelung des letztern führte, als diesem die in eine weitläufige Kasuistik sich verlierenden Interrogatorien gestatteten, wurde nun als Vortheil des Produkten ausgelegt, der sich die allerdings große Mühe seiner Beweisführung nicht zu machen brauchte, wenn er sah, daß die seines Gegners keinen legitimen Beweis geliefert hatte.[40] Das Beweisen wurde zu juristischen Schachzügen um die gesetzlichen Voraussetzungen und mit gesetzlichen Beweismitteln.

Nur auf der Idee von dem sukzessiven Gegeneinanderoperiren, mit dem sich die Parteien ihre Intention zu vernichten suchen, und nur auf dem Erforderniß gesetzlicher Beweisvoraussetzungen, die allein ein solches Operiren gestattet, konnte die Unterscheidung von Beweis und Gegenbeweis beruhen. Die gewöhnlichen Ansichten sind schon früher schlagend gewürdigt worden[41]; es bedarf daher keines näheren Eingehens.

Diejenige Beweistheorie, welche von dem Begriff einer einigen Wahrheit im Prozeß ausgeht, muß den Gegensatz des Beweises und direkten Gegenbeweises vor allen Dingen verwerfen. Die Vorstellung, daß jeder für sich, der eine auf Bewahrheitung, der andere auf die Verneinung derselben Thatsachen gerichtet sei[42], daß in parallelen Linien auf die Positive und Negative zugleich hingearbeitet werden könne, ist nur da möglich, wo die Wahrheit nicht in der Wirklichkeit besteht, sondern von juristischen Merkmalen abhängt, und der Richter ohne Selbstthätigkeit in der Ermittlung nur dem Kampf der Parteien, den er nach juristischen Regeln zu entscheiden hat, zusieht. Wo der Richter dagegen, mit den Parteien, zur Erforschung der realen Wahrheit mitwirkt, kann nur diejenige Stellung der Streittheile gedacht werden, die oben angedeutet wurde. Hier ist aus der gesammten Beweisaufnahme, zu der jeder Theil das Seinige beiträgt, das Resultat zu ziehen, ohne daß eine Trennung der klägerischen und der verklagtischen Beweisführung über denselben Punkt hineingelegt zu werden braucht und hineingelegt werden kann.

---

40) Durant. Spec. jur. lib. I. part. IV. rubr. de teste §. 5 sqq.

41) Von Mittermaier a. a. O.

42) Bayer, Vorträge S. 439. — Vgl. dagegen Linde, Lehrbuch §. 236.

Das Urtheil, wann ein indirekter oder wann ein direkter Gegenbeweis begründet sei, wird bekanntlich in der Praxis häufig sehr schwierig. Dennoch hängt von der spitzen Entscheidung dieser Frage die sehr bedeutsame Folge ab, ob der eine Theil sich aller Beweismittel bedienen darf, oder in dieser Hinsicht, namentlich was den Gebrauch des Eides anlangt, beschränkt ist. Fällt der direkte Gegenbeweis weg, so wird auch keine Veranlassung sein, die Bezeichnung des „indirekten Gegenbeweises" beizubehalten. Daß dem Gegner diejenigen selbstständigen Behauptungen, welche geeignet sind, den Anspruch des andern Streittheils oder die Wirkung der von diesem zu beweisenden Thatsachen auszuschließen, zu Beweis verstellt werden müssen, versteht sich von selbst. Allein hier wird nicht ohne bedeutenden Einfluß bleiben, was vorhin über die Formulirung des Interlokuts gesagt wurde. Je weiter die Fassung des Beweissatzes ausfällt, desto eher ist es zugleich möglich, auch diejenigen thatsächlichen Verhältnisse, welche sich erst in der Beweisverhandlung ergeben, zu berücksichtigen. Niemand wird zweifeln, daß die faktische Grundlage wahrer Einreden oder Repliken den Behauptungen im vorbereitenden Verfahren entsprechend, in dem Beweissatz einen besondern Ausdruck finden werden. Dagegen gibt es mancherlei Behauptungen, die so, wie sie zur Zeit des Interlokuts vorliegen, kaum schon eine thatsächliche Grundlage besitzen, oder welche diese erst von dem Beweisverfahren erwarten. So z. B. die Behauptungen von Besitzfehlern (vi, clam, precario), der Simulation, Arglist u. dgl., bei denen oft weniger bestimmte selbstständige Thatsachen zu deren Begründung gegeben, als vielmehr den gegnerischerseits behaupteten ein anderer, sie unschädlich machender Karakter beigelegt wird. Ebenso häufig stellen sich überhaupt erst bei einem gründlichen Beweisverfahren Thatsachen zu Gunsten des sog. Produkten heraus. Sollen diese mit Hintansetzung des materiellen Rechts darum unberücksichtigt bleiben? Oder soll jedesmal vorsorglich, gleichsam aus Kautel, — und das ist in der That oft die Bedeutung des speziell nachgelassenen indirekten Gegenbeweises — alles Mögliche zu Beweis verstellt werden? Und soll man nachher um juristischer Zufälligkeiten willen über die Zulässigkeit im Ganzen oder einzelner Beweismittel mäkeln?

Wahre Einredethatsachen der ersten Sätze müssen zum Beweis zugelassen werden; darüber würde sogar dem Verklagten bei Appellabilität des Interlokuts sofort ein Rechtsmittel zukommen. Es wird ferner eine offene, auch nur konkret zu erledigende Frage sein, ob wirkliche Einreden, zu denen sich der Stoff erst aus den Beweisverhandlungen ergeben würde, noch zu berücksichtigen sind; eine Frage, deren Beantwortung sich wieder, wie bei etwaigen Aenderungen der Klagthatsachen, darnach richten wird, ob das Aufgreifen und Geltendmachen der Einrede ohne Kränkung der gegnerischen Rechte noch möglich sei. Dagegen erheischt ein gerechtes Verfahren in der Thatfrage sicher soviel, daß dasjenige, was die einmal zu beweisenden Thatsachen selbst betreffend sich feststellt, jedenfalls seine volle Würdigung finden muß, mag es nach der seitherigen Terminologie unter den Begriff des direkten oder indirekten Gegenbeweises gehören. So würde sich auch hier wieder die Analogie des römischen Verfahrens zeigen, das unter gewissen Voraussetzungen die ausdrückliche Aufnahme der Exceptionen in die Formel zwar verlangte, im Uebrigen aber ohne unnöthigen Formalismus die Berücksichtigung derselben bei Gelegenheit der thatsächlichen Ermittlungen dem Judicium stillschweigend überließ.[43])

Daher würden denn z. B. bei dem Beweise des Besitzes, mag er allgemein unter der Fassung „daß und welchergestalt", oder in der Richtung auf spezielle Besitzhandlungen auferlegt sein, die Besitzfehler, da sie, wenn gleich als Folge selbstständiger anderer Thatsachen, eine Eigenschaft der Beweisthatsachen vorstellen, stets zu beachten sein.[44]) Aehnlich verhält es sich mit dem Defektenbeweis gegen ein Inventar.[45]) Von diesem Standpunkte aus würde überhaupt dasjenige, was dazu dient, die Unmöglichkeit oder juristische Nichtigkeit des gegnerischen Beweises zu zeigen, auch ohne besondere Auflage einen integrirenden Bestandtheil der Beweisverhandlung bilden[46]), während dies in der Praxis vielfach, wie hinsichtlich der

43) Keller, röm. Civilprozeß. §. 34. 35.

44) Worüber die Praxis viel gestritten und distinguirt hat. — Strippelmann, Sammlungen Bd. 7. S. 359. Seuffert, Archiv Bd. 8. No. 110.

45) Strippelmann, das. Bd. 3. Abth. 2. S. 5.

46) Heffter, System des Civilproz. §. 392. der sich stets mehr, als andere

Simulationsbehauptung, mindestens sehr schwankend ist.[47]) Dies Alles geht aber nicht blos die äußere Anordnung des Verfahrens an, sondern gewinnt eine wesentliche Bedeutung dadurch, daß auf der Spaltung der Parteirollen zugleich die innerlich ganz ungerechtfertigte Lehre von der Unzulässigkeit gewisser Beweise z. B. gegen öffentliche Urkunden, der Eidesdelation u. dgl. beruht.

Damit verbindet sich die weitere Folge, daß über den Satz: reprobatio reprobationis non datur fernerhin, wie in der Doktrin noch immer geschieht[48]), nicht mehr gestritten zu werden braucht. Was der Beweisführer gegen das Vorbringen und das Material des Gegners seinerseits wieder einzuwenden hat, gehört zu seiner untrennbar zu denkenden Thätigkeit, welche mit dem Bestreben, den Beweis erbracht zu sehen, die Abwehr der hiergegen gerichteten Intentionen der andern Partei von selbst in sich begreift. Jede Partei handelt; so lange die Beweisverhandlung dauert, nur einmal, aber fortwährend; nicht nach der Vorstellung des Verhandlungsprinzips erst der Produzent, und dann der Produkt, und dann, wenn zulässig, wieder der Produzent. Mit diesem sukzessiven Handeln, das dem ältern Prozeß eigen war, indem dort erst ein Erkenntniß über den Hauptbeweis ertheilt wurde, bevor zu dem Gegen- und Einredebeweis vorgeschritten wurde[49]) — eine Einrichtung, die in Anbetracht der endlosen Weitläufigkeiten der Beweisführung, weil sie dem Verklagten möglicherweise die Mühe ersparte, sich verhältnißmäßig empfahl — hängt das ganze System des Gegenbeweises so innig zusammen, daß man schon hätte Bedenken tragen müssen, dasselbe neuerdings in jene Prozeßordnungen herüberzunehmen, in denen kraft der Eventualmaxime der Gegen- und Einredebeweis pari passu mit dem Hauptbeweis verhandelt und geprüft. Dies wird, wo durch die Mündlichkeit die Beweisführung von beiden Seiten räumlich und zeitlich in einen Akt zusammengefaßt wird, vollends unmöglich.

---

auf dem Boden des röm. Beweisrechts hält, rechnet dies, was auf dasselbe hinausläuft, zum direkten Gegenbeweis.

47) Aehnliches ergeben z. B. viele Fälle bei Seuffert; vgl. Register zu Bd. 5—10 des Archivs S. 77.

48) Bayer, S. 441. Heffter, §. 392. Note 230.

49) Heffter, §. 392. 399.

Aus jener Gestaltung des älteren Prozesses, um dies noch zu berühren, ergab sich als natürliche Konsequenz, daß der Beweisführer abgewiesen wurde, wenn der Beweis nicht geführt erschien; auf den Gegenbeweis konnte es nicht ankommen, weil dieser noch nicht geführt war. Allein auch wenn der Beweis geführt war und nun der eröffnete Gegenbeweis zu Gunsten des Produkten ausfiel, wurde, anschließend an den ersteren Fall und weil der Gegenbeweis nur als eine Negation des Hauptbeweises aufgefaßt wurde, einfach dann erkannt, daß der Hauptbeweis nicht erbracht sei. Der gelungene vollständige Gegenbeweis hat für seine Partei stets nur die negative Folge der Abweisung des Gegners, niemals ein positives Resultat. So wird auch heute noch vorausgesetzt oder ausdrücklich gelehrt.[50] Es erhellt, daß auch diese Ansicht wesentlich mit der sukzessiven Anordnung der Beweishandlungen zusammenhing; und daß sie mithin schon jetzt in Folge der Eventualmaxime einer anderen Anschauung unterliegen mußte. Wo man bei der Beweisprüfung den gesammten thatsächlichen Stoff vor sich hat, liegt, wenn sich ein vollständig erbrachter Beweis des Produkten, also im Sinne der geltenden Lehre ein Gegenbeweis, ergibt, nicht der mindeste Grund mehr vor, sich mit der Abweisung des Beweises zu begnügen, anstatt unter geeigneten Verhältnissen geradezu die Anerkennung des produktischen Beweises und folgeweise Rechtes auszusprechen.

Nicht als ob die Prozeßregel, daß lediglich der Verklagte zu verurtheilen oder freizusprechen ist, zuwider der Kläger in solchen Fällen verurtheilt werden sollte; sondern nur, daß das Erkenntniß das ungültige Resultat der möglichst vollständigen Beweisführung ein für allemal festzustellen hat. Nach der herrschenden Lehre würde, wo der Beweis nicht erbracht ist, das zu Gunsten des Gegners Bewiesene gar nicht[51]), wo der erste geführt ist, nur als Erwägungsgrund wider den Beweisführer in Betracht kommen. Die Erheblichkeit des Unterschiedes, wenn dagegen positiv zu Gunsten des sogen. Produkten ein Resultat gewonnen und in den Entscheidungsgründen niedergelegt ist, tritt aber sofort hervor, wenn man die Wirkungen

---

50) Schmid, Handbuch Bd. 2. S. 419. Bayer, S. 441. a. E.
51) Schmid a. a. O.

der Rechtskraft, auch auf den Beweis in's Auge faßt. Dadurch wird noch nicht der letztere aus seiner Defensivstellung herausgetrieben. Daß es dergleichen Fälle gibt, in welchen ein starkes Interesse in der erwähnten Richtung besteht, läßt sich nicht bezweifeln; z. B., um nur eins zu erwähnen, wenn im Streit über die Identität eines Grundstücks, sich nicht allein ergibt, daß das im Besitz des Verklagten befindliche das vom Kläger bezeichnete nicht ist, sondern daß es ein bestimmtes anderes ist. Eine nicht blos auf die augenblickliche Erledigung des vorliegenden Prozesses, sondern auf die definitive Abschneidung weiteren Streites nach Kräften ausgehende Justiz muß sich hier nicht scheuen, anstatt blos dem Kläger Unrecht, dem Verklagten Recht zu geben.

Im römischen Rechte war dies der Fall. Wenn man auch von der Konstruktion der judicia duplicia absieht, und die von Justinian statuirte Annahme einer stillschweigende Widerklage[52]) für das neuere Prozeßrecht als abgeschafft betrachten muß[53]), so ergibt sich doch von selbst, daß da, wo der Begriff von Beweis und Gegenbeweis in einem umfassenden Beweisvorgang verschwindet, die Absolution des Verklagten ebensogut aus dem Grunde erfolgen kann, weil der Kläger die Ueberzeugung des Richters nicht gewonnen, wie aus dem, weil der Verklagte solche gewonnen hat. Dafür braucht nur angeführt zu werden, daß im römischen Recht bei dem Ungehorsam des Probanten, der Gegner dennoch mit seinem Beweis gehört und darüber erkannt werden mußte.[54])

Für die freie Beweisprüfung wird denn auch die Eintheilung des Beweises in physischen und moralischen, oder in natürlichen und künstlichen werthlos. Da alle Beweisgründe und Beweismittel gleich gut sind und nur die Frage ist, was sie im konkreten Fall für die Ueberzeugung leisten, so kommt darauf Nichts an, ob der Richter auf dem Wege eigener Wahrnehmung, oder auf dem mittelbareren oder unmittelbareren fremder Wahrnehmung und Reproduktion zu dem gleichen Resultate gelangt.

Die herrschende Lehre macht bekanntlich einen Unterschied zwi-

---

52) L. 14. Cod. de sent. et interloc. 7, 45.

53) Savigny System, Bd. 6. S. 338 ff.

54) Das s. g. cremodicium; vgl. L. 27. §. 1 de lib. caus. 40, 2.

schen Beweisgrund und Beweismittel. Man kann sich dies gefallen lassen, wenn darunter der Gegensatz von Inhalt und Form verstanden wird.[55] Allein in der Regel wird Inhalt und Form doch nicht getrennt gehalten, woraus denn die verschiedenartigsten Ansichten über die Gattungen der Beweisgründe und Beweismittel entstehen. Von jeher wichen daher die Rechtslehrer untereinander ab, wie viele Beweismittel es gebe, und ob dieses oder jenes Ding Beweismittel oder Beweisgrund sei.

Versteht man unter Beweisgrund den Inhalt des Beweismittels, die dadurch erlangte Kenntniß des Richters, auf welche sich dessen Ueberzeugung stützen soll, so muß die gesetzliche Beweislehre allerdings von gesetzlichen Beweisgründen reden.[56] Der Richter darf nur auf solchen, die ihm gesetzlich gestattet sind, also z. B. nicht auf einer Zeugenaussage de auditu, oder nach der Ansicht Vieler nicht auf einer Privatschuldurkunde ohne Angabe der causa debendi seine Ueberzeugung ruhen lassen. Alsdann muß direkt bestimmt werden, was Beweisgrund sei. Die logische Ueberzeugung hingegen nimmt Alles und Jedes in der Welt als geeignetenfalls ihr zugänglich in Anspruch; für sie ist es daher unmöglich die einzelnen Beweisgründe anzugeben, zu klassifiziren, oder, da nur ihre konkrete Geltung entscheidet, an bestimmte Voraussetzungen zu binden. Ebenso ist es unmöglich davon Etwas abhängen zu lassen, in welcher Form der Beweisgrund dem Richter dargeboten wird, ob durch das Medium eigener Sinnenwahrnehmung, ob durch Zeugen oder Urkunden. Es würden daher auch die Beweismitteleintheilungen der herrschenden Lehre, bei denen der Maßstab des Inhalts und der Form der Erkenntnißquelle sehr häufig durcheinanderläuft, überflüssig werden, oder an den Grenzen zusammenfließen. Für die innere Ueberzeugung macht es Nichts aus, ob die Auskunftsperson Zeuge oder Sachverständiger, ob die vorliegende Erklärung Zeugniß, Urkunde oder Geständniß heißt.

Ohne auf die herrschenden Eintheilungen und die Nomenklatur der Beweismittel näher einzugehen[57], braucht für die freie

55) Linde, Lehrbuch §. 235. Not. 3. Schmid, Handbuch Bd. 2. S. 134.

56) Martin, Vorlesungen über die Theorie des Prozesses. Bd. 2. S. 126.

57) Vgl. Bayer S. 402. Linde §. 253. Heffter §. 223. Martin Vorles. §. 127. Schmid §. 129 ff.

Beweisprüfung nur angedeutet zu werden, daß es für sie nur zwei Beweismittel gibt, die aber freilich Alles umfassen; nemlich Sachen und Menschen, instrumenta und testes, beide im weiteren Sinn genommen. Die sinnliche Wahrnehmung des Richters ist kein besonderes Beweismittel; denn jede Beweisführung muß von ihm durch seine Sinne aufgenommen werden, und es kann keinen spezifischen Unterschied machen, daß dies bald durch das Gesicht, wie bei dem technisch sogenannten Augenschein, aber auch bei jedem Urkundenbeweis, geschieht, bald durch das Gehör, wie bei mündlichen Zeugenaussagen, Parteienerklärungen oder Eiden, bald durch Auge und Ohr zugleich. In dem schriftlichen Prozeß wird sich daher eigentlich bei dem urtheilenden Richter, dem alle Beweismomente in der sachlichen Form der Urkunde, der Akten vorliegen, nur auf den Augenschein verlassen; während das mündliche Verfahren zugleich das Gehör, alle Sinne desselben in Bewegung setzt.

Unter den Auskunftssachen sind die schriftlichen Urkunden die häufigsten und wichtigsten; indessen gehört dahin alles sonst sichtbar Wahrgenommene, nicht blos Zeichen und Denkmäler. Auskunftspersonen sind namentlich die Zeugen und Sachverständigen, und deren Kreis ist bei dem Wegfall der gesetzlichen Schranken unbegrenzt. Die Auskunft kann auch von den Parteien selbst kommen, indem ihren Erklärungen, wenn sie zu ihren Gunsten sind, nach der herrschenden Lehre unter der Voraussetzuug der eidlichen Bestärkung, wenn sie zu ihren Ungunsten lauten, nach der herrschenden Lehre unter den Voraussetzungen des Geständnisses, bei Aufhebung der gesetzlichen Regeln aber in beiden Fällen nach freiem Ermessen geglaubt wird. Mag man aber auch die Erklärungen der Streittheile selbst von dem Begriff der sonstigen Personenauskunft abscheiden [58]), so gibt es doch sofort, z. B. da wo man den Eid oder das Geständniß durch Stellvertreter oder Mittelspersonen anerkennt, Stellen, an denen Parteieneid und Parteienerklärung unmerklich in Zeugeneid und Zeugniß übergehen.

58) In diesem Sinn reiht sich Eid und Geständniß in judicio jener zwei, wie die Stellung der Titel in den Digesten ergibt (22. 4 u. 22. 5), allein als Beweismittel betrachteten testes und instrumenta an. Puchta, Inst. Bd. 2. §. 174. Keller, §. 66.

Die Notorietät ist kein Beweismittel, sondern ein Grund, den Beweis zu ersparen. So wie Indizien keine von andern verschiedene Beweisgründe sind, so können nach freier Beweisprüfung auch Rechtsvermuthungen vor einfachen Vermuthungen keinen Vorzug mehr besitzen. Die freie Beweistheorie streitet ja gerade dagegen, daß wie bei den Rechtsvermuthungen, insofern sie die Beweiskraft betreffen, geschieht, bestimmte gesetzliche Folgerungen anstatt konkreter gezogen werden. Alle Vermuthungen sind übrigens nicht Beweismittel, sondern ein Theil der die Ueberzeugung aus den Beweismomenten vermittelnden Verstandesoperation. Beweismittel ist nur, was dem Richter auf sinnlichem Wege Erkenntnißmaterial zuführt.

Um den Einfluß der Aufhebung aller gesetzlichen Beweistheorie zu erkennen, wird es jedoch nothwendig sein, die nach der seitherigen Ansicht Beweismittel genannten Dinge in ihrer Reihenfolge zu betrachten.

Was hier nun zunächst die Notorietät[59]) betrifft, so ist es klar, daß sie kein Beweismittel einer im Beweis begriffenen streitigen Thatsache ist; erst recht nicht, wenn sie selbst, also den Umstand, daß Eines notorisch ist, bewiesen wird. Denn in dem letzten Fall würde sie Beweisgrund und nicht Beweismittel sein. Es ist vielmehr die Frage, was der Richter aus eigener Kenntniß ohne Beweisführung glauben dürfe; ohne eigene Kenntniß würde dem Richter weder Volks-, noch Menschen-, noch Gerichtskundigkeit, — eine unglückliche Eintheilung desjenigen, was allein in der Subjektivität des Richters beruht, nach dem objektiven Umfang —, Etwas helfen. Ist dagegen eine Thatsache in der Art notorisch, daß der Richter bereits an dieser Notorietät Theil hat, so fragt es sich einfach, ob durch dies eigene Wissen seine Ueberzeugung so fest begründet ist, daß dadurch die Beweisführung entbehrlich wird. Für die Ueberzeugung gibt es kein Surogat; man kann daher nur untersuchen, ob diese sich auf die eigene Kunde stützen

59) Welche z. B. Schmid, Bd. 2. §. 129, wenn auch in Not. 1 erläuternd, als Beweismittel, Linde §. 254 als Beweismittel, das nicht nothwendig Beweisführung voraussetzt, Martin S. 23 als Beweisgrund, Bayer S. 421 als Beweisersparniß aufführt.

dürfe. Die gesetzliche Beweislehre möchte dies nur unter großen Einschränkungen gestatten, der freien Beweisprüfung dagegen kann die Verwerthung der bereits vorhandenen Ueberzeugung, auch wenn man dies wollte, nicht versagt werden. Wo die volle Ueberzeugung einmal vorhanden ist, kann durch die Beweisführung Nichts mehr hinzugethan werden, während die gesetzliche Theorie ungeachtet der vorhandenen menschlichen Ueberzeugung noch das Hinzuthun der äußeren gesetzlichen Requisite der juristischen Gewißheit fordern mag. Der frei urtheilende Richter hat daher nur zu prüfen, ob seine Ueberzeugung bereits eine hinlänglich gewisse, oder ob die Möglichkeit ihrer Irrigkeit und Widerlegung denkbar sei. Darnach wird die natürliche Einsicht, und nur diese allein, nicht blos diejenigen Dinge, welche so zu sagen der Geschichte angehören, sondern noch vieles Andere, dessen Bestreiten als wahrheitswidrig erkannt ist, von den des Beweises bedürftigen Thatsachen ausscheiden.

Woher die eigene Kunde des Richters stammt, ist offenbar ganz gleichgültig. Ob Viele, oder Wenige die Thatsache bestimmt wissen, ist einerlei, wenn sie nur der Richter bestimmt weiß. Von den größten historischen Ereignissen, deren Kenntniß amtlich zu benutzen Niemand heutzutage verbietet, lassen sich ohne Inkonsequenz immer engere Kreise um den Richter ziehen, bis man zuletzt bei dem ankommt, wovon er möglicherweise allein die Kenntniß besitzt; und in allen diesen Fällen ist die Stärke der Ueberzeugung das allein haltbare Kriterium, welches über die Nothwendigkeit des Beweises masgebend ist. Entweder muß man jedes Heranziehen eigenen Wissens ausschließen, und dann ist es konsequent selbst den Beweis Carolum Francorum regem fuisse, wie Durantis sagt, aufzuerlegen, oder man darf sich nicht scheuen, dem Gericht nicht nur die Benutzung der Gerichts-, sondern auch der Privatkunde zu überlassen. Dabei muß man bedenken, daß bei mündlicher Verhandlung das Vorhandensein der letzteren, selbst ehe sie und ohne daß sie etwa ohne Weiteres in das Urtheil niedergelegt wird, unwillkürlich zur Einwirkung auf die Parteien durch Fragen und Vorbehalte veranlassen muß. Hat man einmal den Satz: quod non in actis, non in mundo gebrochen und anerkannt, daß es für den Richter eine große Welt der Wahrheit außerhalb der

Akten gebe, so ist es inkonsequent, mit dem, was man bei allgemein offenkundigen Thatsachen einräumt, schon bei der Gerichtskunde oder bei der Privatkunde zurückzuhalten.

Tausendmal kann es vorkommen, daß der Richter das, was er als Mensch wahrgenommen hat, sicherer weiß, als selbst geschichtliche und volkskundige Thatsachen, von deren Realität er persönlich sich nicht überzeugen kann. Noch unsicherer muß die Unterscheidung ausfallen, ob der Richter Etwas von Amtswegen oder im Privatleben in Erfahrung gebracht hat. Diese Duplizität der Persönlichkeit sollte denn doch nirgends mehr im Ernste figuriren. Wenn der Richter nur das wissen soll, was er im Amte d. h. in den Akten erfährt, so müßte er selbst die meisten Natur- und Staatsaktionen ex officio nicht wissen.

Alles, was sich gegen die Benutzung der eigenen Wissenschaft des Richters, sie komme, woher sie wolle, sagen läßt, ist die früher berührte Scheu vor der möglichen Willkühr. Die Theorie meint stets, daß dem verständigen Ermessen des Richters mistraut und demselben die Fessel bindenden Regeln, in denen sie sich unfehlbar glaubt, angelegt werden müsse. Man mag es denn doch einmal versuchen, ob z. B. ein Civilrichterkolleg auf eine beliebige Aeußerung eines Mitglieds, oder auf ein bloses Gerede hin Thatsachen für feststehend erachten wird. Die freie Beweisprüfung kann, da sie auf der subjektiven Ueberzeugung ruht, auch die subjektive Kenntniß absolut nicht ausschließen. Allein man hat in den strafrechtlichen Erfahrungen auch hier einen Maßstab, ob dies so gefährlich sei, als es vielen dünkt.

Die eigene Kenntniß kann nicht allein den Beweis der Thatsachen durch Zeugen u. dgl. erübrigen oder ergänzen, sondern auch den Beweis durch Sachverständige. Da diese letzteren nur Gehülfen des Richters sind, so bedarf es ihrer nicht, wo der Richter sich selbst das genügende Urtheil beimessen kann. Gerade der Sachverständigenbeweis wird nicht selten in der Praxis zu einer Formalität, die unnütz oder geradezu schädlich wird, indem, anstatt dem besseren Wissen des Richters zu vertrauen, nach den zwingenden Prozeßvorschriften ein oft viel unzuverlässigeres Urtheil erbracht wird, als der Richter selbst gegeben haben würde. Je mehr der Richter sich nicht lediglich auf sein Fachwissen beschränkt, desto

mehr kann und darf er sich auch ein Gutachten über andere Dinge, als blose Rechtsfragen, erlauben; und Nichts würde heilsamer sein, als wenn dies recht oft geschähe. Das gewissenhafte Bewußtsein muß auch hier allein die Grenze sein, die sich derselbe aus eigenem Antrieb setzt.

Noch stärker als die Privatkenntniß des Einzelnen wirkt natürlich die Kenntniß des Gerichts. Wo wirkliche Gerichtskunde vorliegt, namentlich darüber, daß die Thatsache schon einmal vor demselben Gericht als wahr erkannt worden ist, erscheint es als eine arge Zumuthung, daß der Richter, wenn ihn nicht die Parteiverhandlungen direkt auf das früher bereits Festgestellte hinleiten, thun soll, als wisse er von gar Nichts. Diese Fiktion des Nichtwissens ist nur in dem von Fiktionen wimmelnden Beweisverfahren, dessen Ergebniß selbst nur eine Fiktion, nemlich juridische Wahrheit, darstellt, denkbar. Hier kann selbst die Konsequenz, zum Schein ein neues Beweisverfahren über das gewiß Gewußte zu eröffnen, ja selbst die, in dem letztern zu einer andern Wahrheit über denselben Punkt zu gelangen, nicht abgelehnt werden. Das Alles ändert sich und kehrt zur einfachen Natur der Dinge zurück, wenn das Ergebniß des Beweises materielle Wahrheit ist, welche ein und dieselbe bleiben muß, wenn sie anders in Richtigkeit besteht.

Hiermit wird der Einfluß des rechtskräftigen Erkenntnisses berührt, dessen hier, wenn gleich nur andeutungsweise, in allgemeinem Sinne, nemlich nicht blos da, wo dem Richter ein eigenes rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, gedacht werden muß. Es fragt sich also, was ein früheres Erkenntniß, welches auf die Wahrheit der jetzt streitigen Thatsache gegründet ist, für den Richter vom Standpunkte der freien Beweisprüfung werth sei.

Die Wirkung der Rechtskraft besteht nach der noch heute gültigen römischen Lehre, entsprechend einem Grundzug des römischen Prozesses, in der Begründung eines neuen Obligationsverhältnisses an der Stelle des alten streitigen.[60] Diese Seite des Judikats hat, wie bei allen Prozeßinstituten z. B. Geständniß, Eid in jure

---

60) Ich beziehe mich hier im Allgemeinen auf Savigny's Ausführung, System Bd. 6; sowie auf Brackenhöft, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10. und Büff in der letztern Bd. 15. Heft 2. §. 2.

der Fall war, die genaueste Ausbildung erfahren. Um dem Streit ein definitives Ende zu machen, mußte die Wirkung der im Judikat enthaltenen Novation eine so unbedingte sein, daß nach der Richtigkeit und Wahrheit der Prämisse nicht mehr gefragt werden konnte.[61]) Allein jene im öffentlichen Interesse absolut hingestellte Kraft des jus facere inter partes mußte, weil gegen sie der Einwand materieller Unwahrheit keinen Effekt mehr hatte, auf enge Grenzen und zwar nicht blos objektiv so, daß sie eandem quaestionem abschnitt, sondern auch getreu den Grundsätzen der Obligation, auf easdem personas, auf die Kontrahenten des Judikats und höchstens deren Rechtsnachfolge beschränkt werden.

Von dieser Seite des Judikats ist eben die andere, welche Beweiswirkung die Thatsache, daß Etwas rechtskräftig als wahr erkannt sei, ganz verschieden. Darauf deuten zunächst die zahlreichen Ausnahmen[62]) hin, in denen ein die Parteien und deren Sukzessoren überschreitender Effekt ersichtlich wird. Dieser läßt sich weder mit den Prinzipien der Obligationswirkung in Einklang setzen, noch auch mit dem Satze: res judicata pro veritate accipitur im Sinne einer formellen Wahrheit erklären. Das römische Recht kannte keine blos formelle Wahrheit, sondern nur eine formelle Rechtswirkung neben dem Hauptgrundsatze der materiellen Wahrheit.

Für die freie Beweisprüfung bildet jedes rechtskräftige Erkenntniß ein, zumeist in urkundlicher Form, vorliegendes, Beweismoment, dessen Geltung, wie die eines jeden andern, dem freien Ermessen anheimfiel. Es kann ebenso wenig für sie bestimmt werden, daß die Feststellung der Wahrheit in einem früheren Erkenntniß absolut bindet, als umgekehrt, daß die Thatsache dieser Feststellung darum werthlos für die Ueberzeugung ist, weil sie in einem andern Rechtsstreit oder auch unter andern Streittheilen stattgefunden hat. Die Konsequenz dieser Auffassung würde nun an sich nicht hindern, daß dasjenige, was früher richterlich für wahr erklärt wurde, ein andermal für nicht wahr erachtet wird. So wenig dabei die

---

61) Vgl. z. B. L. 36. fam. herc. 10. 2. L. 2. §. 7 de hered. vend. 15, 4.

62) Savigny a. a. O. §. 301.

formelle Beweislehre ein Bedenken haben kann, da die formelle Wahrheit nicht unwandelbar zu sein braucht, so erheischt doch die Idee einer solidarischen materiellen Wahrheit, daß sich die gerichtlich gefundene Wahrheit, welche eine materielle sein soll, nicht widerspricht; es müßte denn sein, daß die neue Wahrheitserforschung die Unrichtigkeit des vorher gewonnenen Resultates zur vollen Ueberzeugung darlegte. Dem Uebelstande, daß gerade das freie Urtheil des Juder möglicherweise sogar unter den nemlichen Parteien und vor dem nemlichen Richter hinsichtlich der nemlichen Thatsache zu abweichenden Ergebnissen führen könnte, da doch nicht die zweierlei Ergebnisse beide, wie es sein sollte, materiell wahr sein können, ist mit großem Scharfsinn durch die Lehre von der Rechtswirkung des Judikats abgeholfen worden. Insoweit als der Eintritt einer entgegengesetzten Beurtheilung der Wahrheit ganz unerträglich geworden sein würde, wurde eine Rechtswirkung konstituirt, die sich aus dem Gesichtspunkte eines in dem Judikat begriffenen Kontrakts rechtfertigen ließ.[63] Die Rechtswirkung schloß in dem ihr gebührenden Umfang jede nochmalige Beweisführung über den Inhalt der Sentenz, und damit die Möglichkeit der Feststellung des Gegentheils in einem nochmaligen Verfahren aus.

Nirgends aber findet sich eine Vorschrift für den römischen Richter, da wo die Rechtswirkung aufhörte, also namentlich unter andern Personen der rechtskräftigen Sentenz jede Beweiswirkung zu versagen. Den im Beweisverfahren geltend gemachten Umstand, daß die streitige Thatsache bereits schon einmal gerichtliche Anerkennung erlangt habe, der Berücksichtigung zu entziehen, wäre eine tiefe Verletzung des Prinzips der Beweisführung gewesen. Wollte man dieses verletzen, so lag es umgekehrt viel näher, um der Unerschütterlichkeit des Urtheils willen jeder richterlichen Thatsachenfeststellung überall einen zwingenden Einfluß beizulegen. Allein das Bewußtsein war so sehr gegen jederlei positive Beweisregel, daß man sich eher entschließen konnte, wo das Bedürfniß einer solchen Unerschütterlichkeit vorhanden zu sein schien, die Rechtswirkung des Judikats über ihr ursprüngliches Gebiet hinaus aus-

---

63) Indem der Richter den gemeinsamen Parteiwillen ausspricht, wie Büff a. a. O. sagt. L. 3. §. 11. de pecul. 15. 1.

zudehnen, als zur Sanktion einer bindenden und also formalen Wahrheit zu greifen.

Aus dieser Auffassung sind jene Ausnahmsfälle[64]) entstanden, in denen das Judikat seine Wirkungen, die sich als kontraktsähnliche von Haus aus nur auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger äußern konnten, noch weiter hin erstreckt. Abgesehen von der Begünstigung mancher besondern Sachen[65]), sind sie sämmtlich von solcher Beschaffenheit, daß es dringend geboten schien, dem einmal geführten Beweise allgemeingültigen Erfolg zuzuschreiben. Allein die L. 25 de statu hom. ausgenommen, bezeichnen die Gesetzstellen stets den Effekt des Judikats nicht als veritas, sondern als jus, nicht als Folge „formell bindender Wahrheit", sondern als Folge der Rechtskraft. Selbst hier, wo man, gleichsam widerwillig die Rechtswirkung weiter spielen ließ, als die sonstigen Grundsätze des Kontrakts erlaubten, hielt man doch möglich an der materiellen Wahrheit fest. Damit wenigstens präsumtiv die rechtserzeugende Folge des Judikats mit der Wahrheit übereinstimme, erheischte man hier, was bei der regelmäßigen Obligationswirkung unter den Parteien nicht erforderlich war, daß das vorausgegangene Verfahren Garantie für die reale Wahrheitsermittlung darbiete.[66])

Auch hier knüpft sich also an das Judikat, dessen Organ in dieser Beziehung die exc. rei judic. in ihrer positiven Funktion bildet, nur eine Rechtswirkung, keineswegs aber die Wirkung formeller oder fingirter und daher absolut gültiger Wahrheit. Man könnte freilich die Rechtswirkung ohne Schaden als „Fiktion der Wahrheit" bezeichnen, wenn nicht diese Bezeichnung so leicht zur Identifizirung der Beweiswirkung führte und geführt hätte. Man

64) Savigny a. a. O. S. 472 ff.

65) Wie noch L. 1. §. 16. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 25. de stat. hom. 1. 5. — Vgl. Puchta, Inst. Bd. 2. S. 209. Zimmern, Rechtsgesch. Bd. 3. §. 140.

66) Daher ein justus contradictor verlangt wird. L. 3 de coll. sateg. 40. 16. — L. 42. de lib. caus. 40. 12. Die Wirkung fällt daher hinweg bei einem Kontumazial- oder illusorischen Verfahren. — L. 5. pr. de pign. 20. 1. — wovon namentlich in Erbrechtsprozessen behufs Abwendung von Nachtheilen für die Legatare und Gläubiger ausführlicher die Rede ist.

würde daher schlagender sagen, das Judikat mache „formelles Recht" [67]), auch in den erwähnten Ausnahmsfällen. Nur die L. 25 de statu com. scheint durch ihren Wortlaut: quia res judicata pro veritate accipitur die Lehre von einer fingirten Wahrheit zu unterstützen. Nach dem Zusammenhang der Stelle bei Ulpian [68]), sowie bei der häufig hervortretenden ganz besondern Begünstigung der Ingenuität muß es von vornherein bedenklich erscheinen, dem erwähnten Entscheidungsgrund so allgemein durchgreifende Bedeutung, von der sich nirgends sonst erhebliche Spuren finden, beizulegen. Erst die justinianische Gesetzgebung hat derselben zu einer Zeit, wo das Beweiswesen in manchen Beziehungen bereits getrübt und das Ziel materieller Wahrheit verrückt war, in L. 207 de R. J. generalisirt.

Allein selbst in der Fassung der letzteren Stelle braucht jenem Satze nicht der Begriff fingirter Wahrheit entnommen zu werden. Man kann darin zunächst nach der milden Ausdrucksweise: pro veritate accipitur nichts Anderes finden, als den Anspruch, daß das Judikat wirke, als ob es Wahrheit wäre; und so läßt sich wohl die Rechtswirkung ausdrücken; nicht aber, daß dasselbe eine unbedingte Beweiswirkung hervorbringe In der letzteren Beziehung hätte man nur sagen können, daß das judiziell Festgestellte in der Regel als wahr angenommen zu werden pflege. Läge dagegen das Prinzip der fingirten Wahrheit wirklich zu Grunde, so dürfte man bei der Wiederholung des genannten Satzes in L. 207 de R. J., und da das Beispiel der L. 25 cit. offenbar gerade von der Wirkung über easdem personas hinaus handelt, schwerlich den absoluten Einfluß der fingirten Wahrheit einer Sentenz in jedem andern Streite nicht auf diesen singulären Fall beschränken [69]), sondern müßte diesen zum leitenden Grundsatz erheben.

Das wäre indessen, wie nicht ausgeführt zu werden braucht, unmöglich. Das Natürliche ist, daß, wie oben erwähnt, jede Sen=

---

67) So wurde ganz richtig sich in einem Falle bei Seuffert, Archiv Bd. 3. S. 446 ausgedrückt, daß bei Statusklagen das Judikat jus facit inter omnes.

68) Vgl. Savigny Bd. 6. S. 474 Note d.

69) Savigny a. a. O. S. 472.

tenz, insofern sie Thatsachen festgestellt hat, ein frei zu prüfendes Beweismoment bildet. Selbst die Sentenz eines inkompetenten Richters mag für die freie Beweisprüfung zum Mindesten den Werth eines individuellen Zeugnisses haben. Die Erheblichkeit der Sentenz in Beziehung auf den Beweis liegt nicht in der Form des öffentlichen Urtheils, sondern in dem Vertrauen auf die Genauigkeit der bereits stattgehabten Wahrheitserforschung. Der nachfolgende Richter darf nicht der ihm producirten früheren Sentenz ohne eigene Kognition nachbeten[70]), sondern muß die inneren Gründe suchen, die ihn bestimmen, seine Ueberzeugung auf dieselbe zu stützen. Hierbei wird sich dann eine naturgemäße Stufenfolge des Werthes ergeben, je nachdem das Judikat vor demselben, oder vor diesem oder jenem andern Richter ausgegangen war; sowie weiter die Wichtigkeit des Umstandes in die Augen springt, daß überall von jedem Richter die Wahrheit nach denselben Prinzipien als eine materielle gefunden wird. Darnach muß das Gericht nach den konkreten Verhältnissen prüfen, ob es sich der Feststellung der Thatsache in einem Urtheile ohne Weiteres aneignen, denselben nachrechnen, oder keinen Glauben schenken wird. Am wenigsten wird es Bedenken tragen, demjenigen, was es selber früher schon ermittelt hat, zumal es sich bewußt ist, dies mit Fleiß und Wahrhaftigkeit gethan zu haben, getreu zu bleiben. Wo dies nicht von dem nemlichen Gericht geschah, mögen sich leichter neben sachlichen Gründen selbst aus subjektiven das erkennende Gericht betreffende Rücksichten Zweifel anregen. Im Ganzen aber werden, wo alle Gerichte dasselbe Ziel auf demselben Wege verfolgen, wenige Ursachen vorliegen, von der Solidarität der Urtheilssprüche, so weit sie wünschenswerth ist, abzuweichen. Auch im Strafrecht zweifelt nicht leicht ein Richter, daß dasjenige, was rechtskräftig ausgesprochen worden ist, wahr sei, obgleich denselben nach dem Standpunkt freier Beweisprüfung die Ueberzeugung eines anderen Richters keineswegs absolut bindet. Je mehr die gerichtliche Anerkennung der materiellen Wahrheit nachstrebt, desto höher muß sie

---

70) Wovon L. 13. Cod. de sent. 7. 45. ausdrücklich und in ihrer allgemeinen Fassung gewiß nicht bloß mit Bezug auf das Finden der Rechtssätze warnt.

im Preise stehen. Die Darlegung der Unrichtigkeit einer Sentenz wird um so schwerer fallen, je vollständiger und erschöpfender die von der Verhandlungsmaxime befreite Beweiserörterung ausfällt. Umgekehrt aber kann es auch unmöglich ausgeschlossen bleiben, die Beweiskraft einer Sentenz für mangelhaft zu erkennen, welche etwa nicht auf materiellen Grundlagen, sondern nur auf dem Präjudiz der Ausschließung [71]), oder auf als falsch nachgewiesenen Erkenntnißgründen beruht.

Erweisen doch sonach die rechtserzeugende und die beweisende Wirkung des Judikats als ganz verschiedene Seiten desselben, so kann es nicht befremden, daß über die letzten sich ausdrückliche Aussprüche in den Quellen kaum finden lassen. Das Beweisrecht dürfte, wenn nicht die freie Beurtheilung gefährdet erscheinen sollte, wo möglich nicht einmal als Instruktion für den Richter in die Gesetze aufgenommen werden; dies war der Belehrung aus Schriften und der praktischen Erfahrung zu überlassen. Selbst für die wahren Beweismittel sind daher die Gesetzesstellen dürftig. Indessen bestätigt sich die allgemeine Beweiswirkung des Judikats, an den spezielleren Rechtswirkungen, wenn man erkennt, daß letztere sichtlich von der Basis der natürlichen Wahrheitswirkung des Richterspruchs ausgehen.

Der Richter muß sich, wenn der Umstand, daß die streitige Thatsache schon durch ein anderes Urtheil für bewiesen erachtet worden sei, zur Sprache kommt, vor allen Dingen von dem Inhalt der Sentenz überzeugen. Hier ist es, soviel die zunächst in Betracht zu nehmende Disposition anlangt, klar, daß die Verurtheilung des Verklagten, da sie die positive Anerkennung der klägerischen Thatsachen zur Vorbedingung hat, viel intensiver wirkt, als die Freisprechung des Verklagten, die möglicherweise nur die Folge eines non liquet sein kann. In der ersteren Beziehung muß wieder die Verurtheilung auf eine persönliche Klage hin, weil sie auf einem Faktum ruht, das in der Regel nur die Parteien oder deren Sukzessoren mit seinen Rechtswirkungen berührt, als Beweismoment viel unbedeutender erscheinen als die Ver-

71) Daher auch der Strafrichter nicht sofort das auf Ungehorsam ergangene Straferkenntniß als Wahrheit annehmen kann.

urtheilung auf eine dingliche Klage hin, welche die Anerkennung von Thatsachen enthält, deren Rechtskonsequenzen gegen jeden Dritten sich äußern.[72] Der Grund „quia cum judicatur, rem meam esse, simul judicatur, illius non esse“ leidet die allgemeinste Anwendung, weil er der Folgesatz natürlicher Logik ist.[73] Für die Absolution des Verklagten macht es dann wieder, wie oben erwähnt, einen großen Unterschied, wenn sie anstatt nur aus der Negation, daß der Kläger sein Recht nicht dargelegt habe, aus der Positive, daß der Verklagte das seinige erbracht, hervorgegangen ist.[74] Die Entscheidungsgründe bestimmen, wie schon hieraus erhellt, wesentlich die Wirkung der Dezisive. Mit freier Einsicht und in logischer Entwicklung hat der Richter jedesmal zu untersuchen, was dann in dem früheren Urtheil eigentlich für bewiesen erklärt worden sei.[75] Hierbei wird es zum Haupterforderniß, daß dasselbe eandem quaestionem, wie der vorliegende Rechtsstreit betraf d. h. nicht dieselbe Rechtsfrage, sondern, worauf der ebenso gebräuchliche Ausdruck: eadem res hindeutet, dieselbe Thatfrage.

Eigenthum und Besitz z. B. gründen sich möglicherweise auf ganz verschiedene Thatsachen, oder sind verschiedene Rechtsfolgen derselben Thatsachen; noch mehr Vindikation und Kondiktion. Es versteht sich von selbst, daß das Schicksal derjenigen Klage, welche auf einem beschränkteren thatsächlichen Fundament ruht, derjenigen nicht präjudizirt, welche ein ausgedehnteres Fundament besitzt.[76] Dagegen fällt, sobald die der Klage zu Grunde gelegte Thatsache einmal definitiv verneint worden ist, jede andere darauf gebaute Klage hinweg.[77] Für das Wesen der Rechtskraft die thatsäch-

---

72) Savigny a. a. O. §. 287.

73) L. 40. §. 2 de exc. rei jud. 44. 2. L. 15. L. 30 §. 1 eod. vgl. besonders die Erwägungsgründe der letztern Stelle, welche vollkommen auf die natürliche Beweiswirkung passen.

74) Hier ist der Grund der L. 15 cit. allgemeingültig. — Savigny, a. a. O. §. 288.

75) Savigny a. a. O. §. 291 und die S. 377 ff. angeführten Interpretationsmomente.

76) Vgl. die von Savigny S. 420 gesammelten Beispiele.

77) Savigny a. a. O. §. 296.

liche Seite in Betracht zu ziehen, liegt umsomehr Ursache vor, als die Darlegung der Thatsache im neueren Prozeßrechte das Wesentlichste der Parteienaufgabe bildet, während die Bezeichnung der Rechtsfrage und folglich auch die Identität derselben nur noch eine untergeordnete Bedeutung hat. In gleicher Weise läßt sich der Einfluß der verschiedenen Parteirollen, der Legitimation zur Sache, des Klaggegenstandes u. s. w., wie Savigny, im Verlauf seiner Darstellung der exc. rei jud. ausführt, der Einfluß der möglicherweise die frühere Feststellung alterirenden causa superveniens [78]) u. a. als natürliche Folgen des Thatfragenelementes in der Sentenz verfolgen.

Aus diesem Gesichtspunkt, weil es wesentlich auf das, was in der Sentenz wirklich als wahr festgestellt worden war, ankam, wird dann auch das röm. Kontumazialverfahren erklärlich. Nicht nur der Kläger bei dem Ausbleiben des Verklagten, sondern auch der Verklagte bei dem Ausbleiben des Klägers in judicio konnte das sog. eremodicium, die Verhandlung der Sache absente adversario fordern [79]), wenn er ein in das Materielle eingehendes Erkenntniß haben wollte. Da daraus dem Verklagten nie formell mehr als die Absolution von der Klage entspringen konnte, demselben die actio und exc. rei judic. aber auch schon auf reines Kontumazialverfahren coram magistrata hin, ohne daß es des Eremodiciums bedurfte, zustand [80]), so mußte doch das letztere noch einen besondern Vortheil darbieten. Und dieser bestand darin, daß neben der auch ohne Eremodicium eintretenden Rechtswirkung der res judicata dem Verklagten oder Kläger durch die in Folge des Eremodicialverfahrens bewiesenen Thatsachen gleichsam eine richterliche Urkunde ausgestellt wurde, die überall zu benutzen war. Von diesem Mittel konnte übrigens nicht blos in den Ausnahmsfällen, in denen die Rechtswirkung des Judikats sich über die ursprünglich berechtigten Personen hinaus ausdehnte [81]), sondern im allgemeinsten Maaße Gebrauch gemacht werden [82]).

---

78) Savigny S. 463 ff.
79) Puchta, Inst. Bd. 2. S. 204. 276.
80) Zimmern Bd. 3. S. 412. Note 13.
81) Savigny a. a. O. S. 474. Note 1.
82) L. 13. §. 2. Cod. de judic. 3. 1.

Man kann sagen, daß in Hinsicht auf die objektiven Grundsätze Rechts- und Beweiswirkung des Judikats übereinstimmen. Beide ergeben sich als natürliche logische Folgerungen der Identität der Thatsachen. Erst da, wo der subjektive Umfang der Wirksamkeit bestimmt wird, gehen beide auseinander, indem die Rechtswirkung positiv, die Beweiswirkung nur durch die Natur der Sache beschränkt sein muß.

Die herrschende Beweislehre bemüht sich vergeblich die rechtswirkende Eigenschaft des Judikats aufrecht zu erhalten oder selbst auszudehnen, und dabei doch im Einklang mit der materiellen Wahrheit zu bleiben.[83]) Bei Wiederherstellung der freien Beweisprüfung muß sich das richtige Verhältniß, wie es nach römischem Recht bestanden hatte, und da man schwerlich daran denken wird, die dem materiellen Civilrecht angehörige Seite des Judikats als eines Rechte erzeugenden Aktes zu beseitigen, alsbald wiederherstellen. Auf die obligatorische Wirkung der Sentenz haben nur die besonders Berechtigten, auf die Wirkung der Sentenz als Thatsache, wenn das Prinzip materieller Wahrheit gilt, Jedermann ein Anrecht. Selbst nach der positiven Beweistheorie wäre man noch nicht genöthigt gewesen, die Beweiskraft der Sentenz so, wie es geschehen ist, zu schmälern. Schon aus dem Gesichtspunkt der Urkunde mußte jede Sentenz, die in den öffentlichen Akten[84]) niedergelegt als öffentliche Urkunde gegen jeden Dritten beweisen müßte, wenn man nicht wieder erst ein künstlich beschränktes Recht der Parteien an den Akten konstruirt hätte, Beachtung verdienen.

Während sich sonach das Gebiet der Rechtskraftswirkung auf den Beweis erweitert, muß umgekehrt wieder die Möglichkeit, ein jedes Urtheil in Beziehung auf die Wahrheit für unrichtig zu erklären, sofern nicht die Rechtswirkung von dieser Untersuchung

---

83) Vgl. Pfeiffer im Archiv Bd. 37. Schäffer, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 12. S. 247.

84) Darin war das ältere römische Recht ungünstiger gestellt, da es neben mündlicher Verhandlung auch eine rein mündliche Sentenz (vor Zeugen) erforderte und die schriftliche Ertheilung ohne mündliche Eröffnung sogar für nichtig erklärte. L. 1. Cod. de sent. 7, 44. — Zimmern, a. a. O. S. 415.

schützt, nachgegeben werden. Bei der jedesmal vorzunehmenden Vergleichung des früher Festgestellten und des jetzt zu Beweisenden machen sich alsdann alle jene Interpretationsregeln geltend, welche für die exc. rei judic. in den Quellen aufgestellt werden. Alles kommt auf die Identität der Thatsachen an. Würde z. B. Jemanden das Eigenthum zugesprochen, so steht für die Beweisfrage nicht der Rechtsbegriff des Eigenthums, sondern die Thatsache des Erwerbs z. B. durch Kauf und Tradition und zwar zur Zeit des Erkenntnisses als Thatsache fest. Weder das Vorbringen neuer Thatsachen, noch die neue Folgerung aus der alten wird damit abgeschnitten. Allein solcher Formalismus wird nicht leicht mehr vorkommen, daß z. B. der Kläger, der gegen den einen Gegner vindizirend seinen Eigenthumserwerb bewiesen hat, den Beweis geradezu, als wäre die gerichtliche Bestätigung dieser Thatsache nicht in der Welt, noch einmal durchmachen soll, wenn er negatorisch gegen einen andern klagt. Viele Umstände sind von der Art, daß sie, wenn einmal ordentlich dargethan, so gewiß erscheinen, daß der praktische Jurist unwillkührlich den thörichten Zwang verwünscht, der ihn nöthigt, sehr unnöthige Weitläufigkeiten und Kosten des abermaligen Beweises aufzubürden.

Damit wird denn auch das richtige Verhältniß zwischen dem Strafurtheil und Civilurtheil hergestellt. Man fragt, ob das eine für das andere bindend sei. Die Ursache der vielbesprochenen Zweifel in der Beantwortung dieser Frage liegt, das ist unbezweifelt, in der Verschiedenheit des Strafbeweises und des Civilbeweises, in dem Gegensatz der materiellen und der juridischen Wahrheit. Ebenso gewiß ist es, daß alle Vermittlungsversuche der Doktrin und Praxis unzureichend bleiben werden, so lange die Verschiedenheit der Beweistheorie fortdauert. Es ist ebenso unmöglich, derselben unter einander jede Beziehung abzuschneiden und jeden Beweiswerth zu versagen, wobei die Gerechtigkeit und das Ansehen der doppelgestaltigen Justiz doch zu sehr leidet, als denselben wechselseitig unbedingte Beweiskraft beizulegen; denn die juridische Wahrheit des Civilurtheils kann den der materiellen Wahrheit bedürftigen Strafrichter nicht fesseln und die materielle Wahrheit des Strafurtheils kann für den Civilrichter nicht masgebend sein, wenn sie nicht den für ihn gültigen Beweiserforder-

nissen entspricht. Hat man zwischen Widersprüchen zu wählen, so wird es freilich noch der erträglichste sein, dem Strafurtheil, natürlich nicht ohne Ausnahme, wie z. B. wenn es in contumaciam ergangen ist, insofern es materielle Wahrheit darstellt, den Gehorsam des Civilrichters zu sichern; woraus indessen diejenigen Nachtheile entstehen, welche früher bezeichnet wurden.[85])

Die ganze Frage entscheidet sich dagegen von selbst, sobald im Civil- und im Strafprozesse die nemliche Beweistheorie herrscht. Wäre dies die vollkommen ausgebildete gesetzliche, nach juristischen Erfordernissen entscheidende, so würde die wechselseitig bindende Kraft der Sentenzen nicht nur möglich, sondern sogar geboten sein. Gilt dagegen hier, wie dort die freie Beweisprüfung, so lautet die Antwort ebenso entschieden gegen jede absolut bindende Wirkung, während einem jeden Strafurtheil für das Civilverfahren, und umgekehrt dem Civilurtheil für das Strafverfahren ein relativer, im einzelnen Fall zu würdigender Einfluß vorbehalten bleibt. Eine nothwendige Ueberzeugungskraft vermag auch hier die freie Beweisurtheilung nicht anzuerkennen. So wichtig der Umstand werden mag, daß ein nach denselben Prinzipien die Wahrheit ermittelnder Richter des andern Justizzweigs eine bestimmte Thatsache festgestellt hat, so begründet dies doch kein anderes Verhältniß, als es bei den Civilsentenzen unter einander besteht. Nicht die Deduktion aus dem Interesse des Staates an dem Straferkenntniß und aus seiner oder der Betheiligten Mitwirkung in dem Strafverfahren, sondern die logische Ueberlegung, daß und ob das einmal für bewiesen Erachtete wahr sei, ist der entscheidende Punkt. Mit voller Sicherheit läßt sich voraussetzen, daß die wünschenswerthe Verbindung zwischen der Civil- und Strafrechtspflege dadurch gegeben wird. Je gründlicher und zuverlässiger, wie schon oben angedeutet wurde, die verschiedenen Richter die Thatfrage behandeln, desto inniger wird sich auch hier auf natürlichem Wege die Solidarität der Rechtsprechung erhalten, während diese durch Gesetz vorzuschreiben, jedesmal die materielle Wahrheit gefährdet.

Alsdann wird aber namentlich dem Civilurtheil die gleich-

85) S. 121 ff. dieses Bandes.

heitliche Stellung eingeräumt, welche es ferner unnöthig macht, daß sich der Civilrichter dem Strafurtheil, weil dort die reale Wahrheit ist, die er selber nicht hat, unterwerfen oder bei diesem Raths erholen muß. Alsdann wird ferner der Grund beseitigt, welcher die Richter und die Parteien verlockt, von der Verfolgung im strafrechtlichen Wege den früher geschilderten übermäßigen Gebrauch zu machen. Der Richter des Civilverfahrens ist sich bewußt, ebensogut über die Thatsachen, mögen sie auch den Thatbestand eines Vergehens bilden, zu urtheilen, wie der Strafrichter; die Parteien wissen, daß die Ermittlung der Wahrheit im Strafverfahren keinerlei Vorzug mehr besitzt; es sind in vielen Fällen keine doppelte Kognitionen nöthig, da auch das Civilurtheil dem auf gleichem Standpunkt stehenden Strafrichter die Erledigung der Beweisfrage enthalten kann. Auf keinem andern Wege kann materiell der überhand nehmenden Ausdehnung der Strafrechtsverfolgung, die doch vernünftigerweise nur das letzte subsidiäre Mittel der Rechtsausgleichung sein soll, eine zweckmäßige Grenze gesetzt werden. —

Daß die Rechtsvermuthungen kein Beweismittel sind, ist bereits oben hervorgehoben worden; daselbe gilt von den Vermuthungen überhaupt. Auch diejenigen Rechtslehrer, welche sie in das Verzeichniß der Beweismittel aufnehmen, müssen die Beweismitteleigenschaft künstlich konstruiren.[86] In der That wird die Begriffsbestimmung außerordentlich schwierig, weil hier vorzugsweise durch die juristische Beweislehre das Wesen der Sache verrückt wird.

Das römische Recht lehrt, daß die Rechtsvermuthungen für den frei urtheilenden Beweisrichter gar nicht existiren. Die Präsumtionen, welche daher in dem Titel de probationibus (22. 3) mitbehandelt werden, haben zunächst nur die Bestimmung, die Beweislast zu normiren. Sie erscheinen als praktische Erfahrungssätze, welche dem Richter vorschreiben, einstweilen vor aller Beweisführung soviel als wahrscheinlich in zweifelhaften Fällen anzunehmen, daß er darnach verfügt, wem die Beweisführung zukomme. Rechtsvermuthungen kann man sie nennen, obgleich

---

86) Z. B. Heffter §. 256, Schmid, Bd 2. §. 130, während sie Bayer, S. 415 u. A. ausscheiden.

mit dem Namen keineswegs ein bindender, zwingender Karakter bezeichnet wird, da der Gegenbeweis überall zulässig ist.[87] Dabei darf man nicht vergessen, daß in einem Beweisverfahren, wie das römische war, die Austheilung der Beweislast keineswegs von dem Einfluß auf die Beweisführung wird, wie dies nach der Verhandlungsmaxime der Fall ist. Wenn auch kraft der Präsumtion der Kläger oder der Verklagte die Beweislast erhielt, so war doch, da nicht erst über den Hauptbeweis entschieden und diesem kein technischer Gegenbeweis gegenübergestellt, vielmehr nach umfassender Erörterung der Thatsachen durch den keineswegs auf das Parteivorbringen beschränkten Richter der Beweis gefunden wurde, damit noch nicht ausgesprochen, daß dem Gegner zu dessen Gunsten die Vermuthung sprach, ein gewisses Anrecht auf das Beweisergebniß zustand. Der Beweisrichter konnte, da er allein nach seinem Ermessen urtheilte, ohne Zweifel nach dem Ergebniß der Beweisführung wieder sich von der Unbegründetheit der Vermuthung überzeugen, welche ihm die Anordnung der Beweisrollen geboten hatte. Dazu bedurfte es eben nur der irgendwie begründeten Ueberzeugung, nicht aber technischer Gegenbeweisführung. Davon, daß der Richter wegen der Vermuthung die Thatsache für w a h r annehmen müsse, war nirgends die Rede; das Beweisverfahren mußte erst ergeben, ob sie sich bestätige, oder nicht.[88]

War hiernach durch die Präsumtionen der römischen Juristen die Freiheit des Urtheils auf den Beweis nicht im Mindesten beschränkt, so gestaltet sich dies ganz anders, sobald die Trennung der Parteirollen und das Verhandlungsprinzip das Beweisverfahren ergreift. Bürdet hier die Vermuthung dem Verklagten z. B. den Beweis auf, so muß er diesen mit gesetzlichen Mitteln erbringen, also die dem Kläger günstige Vermuthung juristisch wiederlegen, ehe nur die innere Begründung der letztern in concreto einer Prüfung unterliegt. Erbringt er den Beweis nicht, so ist die dem Gegner zur Seite stehende Vermuthung, ohne daß

---

87) Schmid a. a. O. S. 214.

88) So auch in dem bekannten Beispiel der L. 24. de probat. 22. 3; welche die cancellatio eine Schuldurkunde behandelt. — Andere Beispiele bei Bayer S. 417.

dieser irgend zu handeln braucht, juridische Wahrheit; und dadurch wird die von Haus aus auf die Bestimmung der Beweislast berechnete Vermuthung von starker Wirkung auf das Beweisergebniß, die auf einem einfachen argumentum ad hominem beruhende, eigentlich nur vorläufige Präsumtion zu einer Rechtsvermuthung, welche über die Thatfrage entscheidet. Es ist darnach klar, wie verwirrend die Anwendung der römischen Präsumtionen in diesem Sinne werden muß; die man übrigens in dieser Bedeutung sicher nicht Beweismittel, sondern allenfalls ein Surrogat des Beweises, eine juristische Fiktion, nennen darf.

Vermuthung nennt man aber auch häufig diejenigen Anweisungen, mit denen das Gesetz mitunter Fälle entscheidet, in welchen es überhaupt an der Möglichkeit der thatsächlichen Erkenntniß gebricht. Bei einem Zweifel, wie in dem bekannten Fall, ob der Vater oder der Sohn bei einer gemeinschaftlichen Gelegenheit zuerst gestorben sei, muß am Ende, wenn es an jedem Mittel fehlt, die konkrete Wahrheit herauszubringen, und wenn doch einmal zu entscheiden ist, das Gesetz durchschneiden.[89] Dies geschieht dann nach gewissen Billigkeitsrücksichten. Solche Vermuthungen haben mit dem Beweiswesen gar Nichts gemein; sie verlangen weder materiell, noch formell für wahr gehalten zu werden, sondern geben die gesetzliche Lösung eines Zweifels gerade darum, weil die Wahrheit nicht erkannt werden kann.

Die hauptsächlichste Bedeutung der Vermuthungen ist jedoch die der Schlußfolgerung, und gerade in diesem Sinn werden sie als Beweismittel besonders bezeichnet. So viel steht fest, daß jeder Beweis ohne Ausnahme auf einer Folgerung beruht.[90] Man kann doch nicht sagen, daß nach der gesetzlichen Beweistheorie der Richter Nichts zu denken hat, wenn er das Beweisergebniß erörtert. Schließen muß er jedesmal; allein bei dem an gesetzliche Voraussetzungen gebundenen Beweisrichter erstreckt sich der Schluß nicht sowohl

---

89) L. 9. §. 1. de reb. dub. 34. 5. Eine solche Stelle steht auch wohlweislich in dem Titel: de reb. dub. und nicht in dem: de praesumt. — Neben dieser Art von Vermuthungen vgl. Kraus, im Gerichtssaal 1851. Bd. 2. Note 30. §. 5; auch Sintenis' Civilrecht Bd. 1. §. 137.

90) Heffter §. 256.

darauf, ob das Beweismittel durch seine innere Beschaffenheit die Wahrheit begründe, als darauf, ob es den gesetzlichen, also äußeren Erfordernissen entspreche. Bei Zeugen z. B. hat er nicht zu erwägen, ob die den Beweissatz bestätigenden Aussagen die Folgerung der Wahrheit begründen, sondern ob die Zeugen, wenn sie den Beweissatz bestätigen, für klassische zu erachten seien. Der frei urtheilende Beweisrichter dagegen hätte auch hier Nichts als Folgerung; seine gesammte Thätigkeit besteht überall nur in logischer Schlußziehung, die gar keine Besonderheit hat, je nachdem das eine oder andere Beweismittel, das eine oder andere Beweismoment vorliegt.

Auch der nach gesetzlichen Regeln urtheilende Richter muß also zwar schließen; allein allerdings liegt eine gewisse Verschiedenheit darin, daß bei ihm der Schluß häufig nur in der Subsumtion unter die gesetzliche Regel, anstatt in der Subsumtion unter das Gebot der freien Logik besteht. Wäre das gesetzliche Beweissystem so vollendet, daß keine Lücke mehr bliebe, so würde es nur gesetzliche Folgerung geben. Alsdann müßte nicht allein die Folgerung aus den Beweis mitteln, welche die zu beweisende Thatsache unmittelbar bestätigen, sondern auch die Folgerung aus den von gesetzlichen Beweismitteln erbrachten Thatsachen, die noch nicht das Beweisthema unmittelbar enthalten, normirt sein. Allein dies ist nicht möglich. Die Beweis mittel d. h. Zeugen, Urkunden und Beweiseid, ließen sich allenfalls in gesetzliche Regelung nehmen, oder wenigstens den Versuch machen, den Schluß auf die Glaubwürdigkeit des Inhalts von der äußeren Beschaffenheit der Beweis quelle abhängig zu machen. Wer wollte aber gesetzlich bestimmen, welcher Schluß aus einer gesetzlich bewiesenen Thatsache auf eine andere zu beweisende zu ziehen sei? Das hieße geradezu Gesetze über die Logik machen. Hier kann nur die rationelle Reflexion Etwas ausrichten.

Wollte die gesetzliche Beweistheorie daher alles richterliche, blos natürliche Ermessen als schädlich ausschließen, so hätte sie sich am konsequentesten auf die Folgerung aus Thatsachen überhaupt gar nicht eingelassen. Der Indizienbeweis, den die Römer niemals praesumtio nennen, ist ein Ueberbleibsel der freien Beweisprüfung; für die er gar keinen Gegensatz zu andern Beweis-

arten bildet [91]), weil für sie auch das direkt Bezeugte oder Bekundete nur Stoff für die freie logische Operation darbietet. Allein die gesetzliche Beweislehre entschloß sich nicht, den Indizienbeweis über Bord zu werfen; andrerseits mußte es mehr als bedenklich erscheinen, hier das Walten freien Ermessens in einem großen Theile des Beweiswesens anzuerkennen. Unwillkührlich wurde man daher gedrängt, auch die Schlußfolgerung von einer anderen Thatsache zu der Beweisthatsache, wo es thunlich schien, zu fixiren, wie man die von dem Beweismittel zu der letztern fixiren gewollt hatte. So sind dann die Schlüsse, welche der Gesetzgeber selbst gezogen und dem Richter gebietend vorgezeichnet hat, **Rechtsvermuthungen.** [92]) Dazu mußten nun die in den positiven Quellen vorgefundenen Präsumtionen dienen, welche, wie oben angeführt wurde, auf nichts weniger, als auf eine Beweiswirkung berechnet waren. Nur diese Rechtsvermuthungen gehören dann in das gesetzliche Beweissystem, während die einfachen, sogenannten praesumtiones facti oder hominis nur ein Theil der richterlichen Verstandesoperation sind und da sie keine gesetzlichen Eigenschaften haben, auch keinen gesetzlichen Beweis erbringen können. Die künstliche Konstruktion wird dann dadurch nicht besser, daß auch gesetzliche Beweismittel, welche unvollständig oder mangelhaft erscheinen, z. B. der testis unus schon bei den älteren Prozessualisten, darum als praesumtiones bezeichnet werden, weil sie die Rechtswirkung haben, daß auf ihr Vorhandensein hin der Erfüllungseid auferlegt werden muß. [93])

Daran, daß die Idee eines halben Beweises, mit welchem der Werth der Vermuthungen in der letzt erwähnten Beziehung identifizirt wird, unhaltbar sei, war schon oben die Rede; ebenso von dem Gegensatz der Wahrscheinlichkeit und der Gewißheit. Das bewährt sich gerade an den Vermuthungen. Wo Beweis verlangt wird, ist stets die eine Gewißheit nöthig, welche auf der vollen

---

91) L. 19. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 6. Cod. de dolo malo 2. 21. Daher es auch ganz ungeeignet ist, im neueren Strafprozeß noch von einem Indizienbeweis als Gegensatz des direkten zu sprechen.

92) Wie Schmid a. a. O. S. 212 ganz passend definirt.

93) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 11. S. 297.

Ueberzeugung ruht; die Wahrscheinlichkeit ist keine halbe Gewißheit, die durch eine bestimmte Ergänzung zur Gewißheit erhoben wird. Wohl aber hat die Wahrscheinlichkeit, und diese prägt sich in der Vermuthung aus, die Berechtigung, daß darnach die Beweislast ausgetheilt wird, wie dies im römischen Judicium geschah.

Versteht man unter Präsumtion die Folgerung, so kennt die freie Beweisprüfung nur eine einzige Art, die logische Folgerung, keineswegs aber eine gesetzliche. Gerade die Freiheit der Schlußziehung, welche sich in der gesetzlichen Beweislehre noch am meisten in diesem sogen. Indizienbeweis, den man bezeichnend genug, jetzt die künstliche Beweisführung nennt, erhalten hat, ist es, was die freie Beweistheorie anstrebt. Für sie wird, will man sich der jetzt gebräuchlichsten Ausdrücke bedienen, Alles Indizienbeweis und jede Folgerung eine einfache Vermuthung (argumentatio ad hominem); was gar kein Schade ist, wenn man sich überzeugt, daß die menschliche Ueberzeugung sicherer sei, als die vermeintliche objektive Sicherheit der Beweisregeln. Die Lehre von den Vermuthungen wird hier gerade auf den Standpunkt zurückgeführt, den sie nie hätte verlassen sollen.

Der praesumtiones juris et de jure, die auf einer der Beweiserörterung gänzlich ausschließenden Fiktion beruhen sollen, braucht hier kaum besonders gedacht zu werden. In dem Beweisverfahren selbst hat, wenn ihm die materielle Wahrheit vorschwebt, die Fiktion überhaupt keine Berechtigung. Das zeigt sich am besten, wenn noch ein Blick auf die Rechtsnachtheile desselben gethan wird, deren Folge häufig als ein fingirtes Eingeständniß aufgefaßt wird.

Der heutige Civilprozeß hat, wenn man von der Folge des Kostenersatzes und andern Nachtheilen, durch welche direkt der Ungehorsam gegen richterliche Befehle gestraft wird, die zwei Präjudizien der Ausschließung und des Eingeständnisses, von welchem letztere die Präjudizien der Anerkennung bei Privaturkunden, der Eidesweigerung u. dgl. nur besondere Anwendungsfälle sind. Wenigstens machen, so schwankend auch die historische Entwicklung gewesen sein mag [94]), neuere Prozeßordnungen von dem fingirten

94) Guyet, Archiv Bd. 40. S. 145 ff.

Eingeständniß als Strafe der Unterlassung häufigen Gebrauch, und zwar nicht nur im Laufe der Vorverhandlungen, sondern auch in größerem oder geringerem Maaß während des Beweisverfahrens. Und in der That läßt sich, wenn einmal das letztere der Verhandlungsmaxime unterworfen und als sein Ergebniß juristische, fingirte Wahrheit hingestellt ist, kein innerer Grund dagegen anführen, daß an den Ungehorsam die Folge eines fingirten Geständnisses geknüpft werde. Die freie Beweisprüfung aber muß sich im Beweisverfahren gege jede Fiktion sträuben.

Jedes Prozeßverfahren bedarf einer äußeren gesetzlichen Ordnung, welche die Parteien einzuhalten verbunden sind. Der Zwang hierzu kann regelmäßig nicht durch direkte Mittel realisirt werden, zumal es gilt, die Parteien zu einer positiven Thätigkeit anzuhalten. Ohnehin aber soll das Handeln der Parteien im Prozeß nicht als eine Pflicht des Gehorsams gegen die Befehle des Richters — denn dies würde folgerichtig zu lauter direkten Zwangsmitteln und zum Inquisitionsprozeß führen — erscheinen, sondern vielmehr als eine Benutzung der vom Gesetz dargebotenen Formen. Die Erklärung auf das gegnerische Vorbringen, welche das Prozeßgesetz vorschreibt, ist eine privatrechtliche Verbindlichkeit und zugleich Berechtigung der andern Partei. Die natürliche Folge des Ungehorsams besteht daher in der Ausschließung mit der betreffenden Handlung. Die nichthandelnde Partei beraubt sich des Rechtes, ihrerseits gehört zu werden, und verletzt die Pflicht, dem Gegner zu antworten, weshalb sie sich gefallen lassen muß, daß dieser nun allein gehört und ihre Unterlassung ihr so ausgelegt werde, wie es den Umständen nach möglich ist. Mehr kann in einem auf materielle Wahrheit gerichteten Beweisverfahren als berechtigt nicht anerkannt werden. Damit wird die äußere Ordnung des Verfahrens aufrecht erhalten und die Ausschließung selbst, wie es wirklich der Fall sein muß, für eine Thatsache erklärt, deren Berücksichtigung dem freien Ermessen anheimfällt. Allein niemals kann, wo es auf die innere Ueberzeugung des Richters ankommt, dasjenige, worauf keine Erklärung erfolgte, darum für formell wahr, anerkannt werden. Es ist innerlich ebenso unwahr, aus der contumacia unbedingt die Wahrheit, oder auch nur die Absicht eines dispositiven Geständnisses, wie umgekehrt die Negation

der gegnerischen Behauptung zu folgern. Die reale Wirkung kann nur in der konkreten Vermuthung oder Erkenntniß des Grundes, aus welchem die Handlung unterbleibt, gefunden werden.

Eine Privatdisposition über die materielle Wahrheit gibt es nicht. Das Gesetz kann daher auch nicht erklären, daß es im Beweisverfahren dem Ungehorsam die Vorstellung eines fingirten d. h. eben disponirenden Geständnisses zu Grunde legen wolle. Das kann umgekehrt recht gut geschehen, wo das letztere (die alte confessio in jure) überhaupt ihre Stelle hat; nemlich im Vorverfahren. Dort hindert Nichts anzunehmen und anzudrohen, daß die Nichterklärung als Geständniß beurtheilt werde. Den Parteien wird dadurch nur Gelegenheit gegeben, die verpflichtende Einräumung, die sie ausdrücklich hätten erklären können, auch stillschweigend abzugeben. Im Beweisverfahren steht und fällt der Rechtsnachtheil des Eingeständnisses mit dem Prinzip der formalen Wahrheit. Der Grund der Rechtfertigung aber, daß es Handlungen im Prozesse gebe, welche schlechterdings nothwendig seien, weil sonst dem Richter die erforderliche Anhaltspunkte fehlen, und daß diese daher im Falle des Unterlassens durch ein materielles Präjudiz zu ersetzen seien [95], sollte die Verhandlungsmaxime am wenigsten geltend machen.

Wie gut man mit der gänzlichen oder theilweisen Verweigerung der Antwort fertig werden mag, lehrt ein Blick auf den Strafprozeß. Ohne ein allgemeines Eingeständniß zu unterstellen, wenn der erschienene Angeklagte vollständig schweigt, oder ein spezielles, wenn er die Antwort auf den Vorhalt eines einzelnen Beweismittels oder einer besonderen Anklagebehauptung schuldig bleibt, wird dort je nach den Verhältnissen geprüft und erkannt, wie das Stillschweigen auszulegen sei. Streng genommen sollte dort nicht einmal auf dem Ausbleiben im Verhandlungstermin die Strafe des Eingeständnisses stehen. Das Strafrecht kann die Strafe nicht auf ein fingirtes Geständniß gründen. Das Strafcontumazialverfahren muß daher nur aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit betrachtet werden, indem dem Angeklagten durch die Androhung des Eingeständnisses die Möglichkeit gewährt wird,

95) Bayer, S. 283.

sich ohne selber zu erscheinen und ohne Beweisverhandlung schuldig zu bekennen. Daß dadurch nicht die materielle Wahrheit verletzt werde, dafür sorgt das Rechtsmittel der Einsprache, mit dem der Ungehorsame das Erkenntniß alsbald beseitigen kann. Macht er davon keinen Gebrauch, so liegt darin die Bestätigung, daß das Kontumazialurtheil richtig ist; während er sich desselben überall bedienen kann, wo es an dem Willen oder der Wahrheit des in dem Ausbleiben supponirten Geständnisses fehlt.

Für das Beweisverfahren des Civilprozesses gestaltet sich dies anders. Zu einem generellen Präjudiz des Eingeständnisses der Thatfrage ist hier keine Veranlassung mehr; wollte die Partei das thatsächliche Fundament einräumen, so konnte sie dies schon vorher in dem Vorverfahren thun, während im Strafprozeß der Angeklagte vor der mündlichen Verhandlung oft noch gar kein Gehör gehabt hat und das Kontumazialverfahren gerade darauf abzielt, alles andere Verfahren zu vermeiden. Außerdem aber fehlt es dem Civilprozeß an einem Rechtsmittel, welches gleich der Einsprache die materiell unwahren Folgen des fingirten Eingeständnisses beseitigte. Die prozessualische Restitution leistet diesen Dienst selbstverständlich nicht.

Die Ausführbarkeit eines mit der materiellen Wahrheit harmonirenden Kontumazialrechtes lehrt das römische Recht. Dort fehlte es im Ganzen, wie im Einzelnen an der Strafe des Eingeständnisses. Die Folgen des Nichthandelns erstreckten sich in judicio nicht über den Umstand hinaus, daß dem Richter dasjenige, was die säumige Partei zur Wahrheitsermittlung hätte beitragen können, unbekannt blieb. Im Uebrigen war nicht nur der Kläger oder der Verklagte berechtigt, die Prüfung des einseitig vorliegenden Beweises in eremodicio zu veranlassen [96]), sondern ein Gesetz Justinians verordnete weiter, daß dies von Amtswegen geschehen müsse. [97]) Es ist darin die vollständigste Anweisung, wie

96) Puchta, Inst. Bd. 2. S. 204. S. 273. Zimmern Bd. 3. §. 136.

97) L. 13. Cod. de judic. 3. 1. — Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß sich der Satz: actore non probante absolvitur reus nur von dem Fall einer wirklich stattgehabten, aber mislungenen Beweisführung verstand.

ein nur auf das formale Präjudiz gegründetes Urtheil zu umgehen sei, enthalten.

Praktisch wird es freilich auch ohne Gesetzesvorschrift geschehen sein, daß die trotz der richterlichen Aufforderung unterlassene Handlung dahin führte, die Entscheidung gegen den Säumigen zu lenken [98]; sei es, daß dem Richter das, was letzterer zu seinen Gunsten anzuführen vermocht hätte, entzogen wurde, sei es, daß die freie Ueberzeugung in der Unterlassung ein so starkes Moment erblickte, daß dessen Wirkung einem Geständniß gleichkommt. Allein dies ist lediglich faktische Frage. Der formelle Rechtsnachtheil des fingirten Geständnisses wird im Beweisverfahren weder durch ein Bedürfniß der Rechtspflege, noch auch durch den Gedanken, daß die säumige Partei denselben, weil er angedroht war, verdiene, gerechtfertigt. Wollte man davon ausgehen, so würden, anstatt damit die materielle Wahrheit zu beugen, noch direktere Zwangsmittel aufzufinden sein.

In dem Prozeßabschnitt in jure dagegen hatte der Ungehorsam wirkliche Rechtswirkungen, wenn auch nicht gerade diejenigen, welche den Begriff eines fingirten Eingeständnisses im heutigen Sinn bilden. Erschien der Verklagte nicht, so verfiel er nur dem Anspruch des Klägers auf die cautio judicio sisti oder das Interesse, oder den Zwangsmitteln des Magistrates.[99]) Durch seine Weigerung so zu antworten, wie es der Kläger zu verlangen berechtigt war, verfiel der erschienene Verklagte der Folgen einer confessio in jure.[100]) Der Ungehorsam einer interrogatio in jure gegenüber endlich bewirkte nicht das Eingeständniß des Fragenthemas, wie dies später bei den Positionen des kanonischen Prozesses angenommen wurde, sondern erschien als Verzicht auf den formalen Einwand, den der Kläger mit der interrogatio zu beseitigen vorhatte.[101]) Als später die Trennung des Verfahrens in jure und in judicio aufgehoben war, galt der Ungehorsame nie pro confesso et damnato. Bußen, Kautionen, Realcitationen

---

98) Zimmern a. a. O. §. 132. Not. 3.
99) Puchta Bd. 2. §. 160.
100) Puchta a. a. O. §. 173 a. E. Keller, röm. Civilproz. §. 65.
101) Keller a. a. O. §. 51.

u. dgl. ersetzten die früher in jure üblich gewesenen Ungehorsamsstrafen; im Uebrigen half vor wie nach das eremodicium aus.[102]) Das römische Recht, aus dem der Rechtsnachtheil des fingirten Eingeständnisses häufig hergeleitet wird, verwarf also lieber selbst die früher in jure angewendeten und immerhin auch später noch möglichen, einer confessio in jure gleichkommenden, Rechtswirkungen der contumacia, als daß es diese weiter, auch über die Thatfrage hin, ausgedehnt hätte.

Im Prozesse der klassischen Zeit stoßen wir auch hier wieder auf den sinnreich durchgeführten Gegensatz, wonach in jure jeder Schritt der Parteien, und so auch die negative Handlung des Ausbleibens oder Stillschweigens Rechtswirkungen in der Art begleiten, daß das ganze Verfahren eine Summe von obligirenden Dispositionshandlungen der Partei, ein wahres Privatrechtsverfahren vor dem öffentlichen Richter, darstellt; während in judicio die materiell wahre Thatsache und ihre natürliche Folgerung, vor dem Privatrichter der über dem Parteiwillen stehende öffentliche Wahrheitscharakter herrscht.

XII.

Ueber die Vertheilung der Specialmassen im Concurse und des Pfand- und beziehentlich Subhastationserlöses außerhalb des Concurses, wenn ein Gläubiger an mehreren Pfandobjekten wegen derselben Forderung ein Pfandrecht hat und andere, ebenfalls an diesen Objekten mit Pfandrecht versehene Gläubiger ihm nachstehen.

Von

Herrn Gustav Simon,

Rechtsanwalt in Leipzig.

Wenn demselben Gläubiger für dieselbe Forderung auf mehreren Grundstücken Hypothek eingetragen ist, so haben, wie man

102) Puchta a. a. O. S. 273.